



# MATER SEMPER CERTA EST?

A MATERNIDADE DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

**Eufrásia Georgina Neto Correia**

Dissertação de Mestrado apresentada à

Faculdade de Direito da Universidade do Porto,

Sob a orientação da

**Prof<sup>ª</sup>. Doutora Helena Maria Machado Barbosa da Mota**

# ÍNDICE

<b>Resumo/Abstract</b>	iii
<b>Introdução</b>	1
<b>Cap. I: A procriação medicamente assistida e a maternidade de substituição</b>	3
1. A maternidade de substituição no âmbito da PMA	3
a. Técnicas de procriação medicamente assistida	3
b. Processos de PMA homólogos e heterólogos	4
c. Maternidade de substituição genética (ou tradicional) e gestacional	4
2. Conceito	5
3. Terminologia adotada	5
<b>Cap. II: A PMA e a maternidade de substituição no ordenamento jurídico português</b>	7
1. O estabelecimento da filiação no Código Civil português	7
2. A Lei 32/2006, de 26 de julho	9
a. Antecedentes	9
b. Análise de alguns preceitos da Lei 32/2006, de 26 de julho	11
c. A maternidade de substituição: o art. 8º da LPMA	12
<b>Cap. III: A maternidade de substituição no Direito comparado</b>	13
<b>Cap. IV: Em defesa e em recusa da maternidade de substituição. Síntese argumentativa</b>	20
1. O direito constitucional a "constituir família em condições de plena igualdade" do art. 36º, n.º 1 da Constituição	20
a. O desejo de ter filhos biológicos	20
b. O direito de "constituir família" é um direito à reprodução?	21
c. A maternidade de substituição como "instrumento" do direito a procriar	23
2. A autonomia privada e o direito a dispor do próprio corpo	25
3. Promover a criação de vida	27
4. A instrumentalização da criança e da grávida	28
5. A exploração da pobreza e desequilíbrio da capacidade negocial	31

6. A ligação mãe-feto e as implicações da maternidade de substituição nas relações familiares	32
<b>Cap. V: O estabelecimento da maternidade de substituição, de <i>iure constituendo</i></b>	35
1. Estabelecimento da maternidade	35
2. Estabelecimento da paternidade	38
3. A regulação da responsabilidade parental	39
4. Os contratos de gestação	40
a. Introdução	40
b. A natureza dos contratos de gestação	42
c. A admissibilidade dos contratos de gestação a título oneroso e gratuito	44
<b>Cap. VI: Uma nova alteração à LPMA? Os projetos de lei do BE, PSD e PS</b>	48
<b>Conclusões</b>	51
<b>Referências bibliográficas</b>	55
<b>Jurisprudência e legislação consultadas</b>	61

## RESUMO

A maternidade de substituição é a prática que mais questões ético-jurídicas tem suscitado no âmbito das técnicas da procriação medicamente assistida (PMA). Embora já amplamente debatida pela doutrina jurídica portuguesa, desde os anos 80 do século passado, só em 2006, com a Lei 32/2006, de 26 de julho, sobre procriação medicamente assistida (LPMA), é que Portugal regulamentou a maternidade de substituição, tendo optado pela sua proibição e consequente nulidade dos contratos de gestação. A LPMA seguiu o regime geral no que concerne ao estabelecimento da maternidade e paternidade, ou seja, atribuiu a maternidade jurídica à mulher que «dá à luz». Contudo, os recentes avanços científicos têm permitido separar a maternidade genética da gestacional na maternidade de substituição, facto que tem gerado atualmente maior controvérsia e discórdia na doutrina relativamente à solução da nossa Lei. Só assim se percebem as iniciativas legislativas recentes, no sentido da admissibilidade desta prática.

**Palavras-chave:** maternidade de substituição; contrato de gestação; procriação medicamente assistida; art. 8º da Lei da procriação medicamente assistida.

## Abstract

Surrogate motherhood is the practice that more legal-ethical issues has raised within the scope of the medically assisted procreation (PMA) techniques. Although it has already been extensively discussed by the portuguese legal doctrine since the 1980's, it was not until 2006, based on Law No. 32/06 of 26 July, about medically assisted procreation (LPMA), that Portugal has regulated surrogacy and, therefore, it has opted for its prohibition and the consequent invalidity of surrogate contracts. As far as motherhood and fatherhood provision concerns, the LPMA has followed the general legal policy, that is, it has provided legal motherhood to the woman "giving birth". However, the latest scientific advances have allowed to separate, in the surrogate motherhood context, the genetic motherhood from the gestational one; an issue that has currently led to controversy and contention in the doctrine regarding our Law solution. It is, therefore, understandable the recent legislative proposals in order to allow this practice.

**Key words:** surrogacy; surrogate contracts; medically assisted procreation; No. 8º of the medically assisted procreation Law.

## INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho, a maternidade de substituição no ordenamento jurídico português, encontra-se inserido no domínio das questões bioéticas e é um dos temas que mais problemas ético-jurídicos tem suscitado. Na verdade, enquanto noutro tipo de questões jurídicas o cidadão comum prefere deixar ao entendimento dos juristas ou dos técnicos as possíveis soluções, relativamente à área da bioética, e em concreto da maternidade de substituição, por ser uma questão com grande componente ética e moral, cada um de nós tem a sua "opinião", a qual defende como sendo a mais válida. Se este aspeto torna o tratamento jurídico da maternidade de substituição mais delicado, também o torna mais apaixonante, razão pela qual foi feita a opção pelo tema. A escolha também se justifica pela grande atualidade do assunto, conferida pelos vários projetos de lei apresentados por alguns grupos parlamentares à Assembleia da República, em 2012.

Em Portugal, a maternidade de substituição encontra-se regulada desde julho de 2006 pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (alterada posteriormente pela Lei 59/2007, de 04 de setembro de 2007) sobre procriação medicamente assistida. Inserir a maternidade de substituição nas práticas da PMA é, à partida, um erro, visto que a sua noção ultrapassa em muito a da mera aplicação das várias técnicas de procriação assistida. O que caracteriza a maternidade de substituição é a gestação para outrem, em que a mulher gestante aceita entregar, no final da gravidez, a criança a terceiros e renunciar às suas responsabilidades parentais, podendo esta prática ser concretizada sem a ajuda de qualquer técnica de procriação assistida.

Mas é também incontestável que a PMA proporcionou a expansão do "fenómeno" da maternidade de substituição, permitindo inclusive que a mulher que pretende um filho, mas que não tem capacidade para o gestar, seja a mãe genética deste. Este aspeto revolucionou a prática da maternidade de substituição, dividiu a doutrina e mexeu com o dogma de que *"mater semper certa est"*.

No presente trabalho, propomo-nos analisar a admissibilidade ou não da maternidade de substituição à luz do ordenamento jurídico português. Mesmo que esta prática não seja admissível, quem é juridicamente a mãe? E o pai? Poderão os contratos de gestação constituir um critério válido de estabelecimento da maternidade? Se sim, poderá aplicar-se o instituto da responsabilidade civil?

Passaremos ainda pela análise da maternidade de substituição em Espanha, França, Itália e Reino Unido e, por fim, pelas recentes propostas de alteração à Lei 32/06, de 26 de julho. Não será tratado nesta dissertação os efeitos criminais da maternidade de substituição e a

admissibilidade ou não do uso desta prática por casais homossexuais ou famílias monoparentais.

No panorama legislativo português estamos perante uma abertura à admissibilidade da maternidade de substituição. Mas este passo, independentemente da posição que se tome, deve ser dado de forma consciente e criteriosa, antecipando os possíveis problemas jurídicos que muito provavelmente surgirão. Nas sábias palavras de Duarte Pinheiro, "é preciso prudência e humildade, uma vez que se está num domínio em que é grande o risco de imprecisão e de subjetividade"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> PINHEIRO, Duarte, "A necessidade da Lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho", in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, Vol. I, pp 201-214, p. 214.

## CAP I

### *A procriação medicamente assistida e a maternidade de substituição*

#### 1. A maternidade de substituição no âmbito da PMA

O "fenômeno" da "maternidade de substituição", um acordo com vista a uma colaboração reprodutiva entre uma mulher fértil e um casal, a maioria das vezes com problemas de fertilidade, surgiu nos anos 50 nos Estados Unidos da América e, mais tarde, em finais dos anos 70 e inícios dos anos 80, na Europa, tendo sido o caso *Baby M*<sup>2</sup> (decidido pelo Supreme Court de New Jersey em 1988) o mais mediático nos EUA e o *Baby Cotton*<sup>3</sup> (1985) um dos primeiros e mais publicitados casos no Reino Unido.

A maternidade de substituição é uma prática já ancestral, da qual existem várias referências no Antigo Testamento, como, v.g., o caso de Abraão e Sara, não necessitando, por isso, na sua essência, da atuação médica e da utilização das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Contudo, com os recentes avanços nas ciências médicas, maternidade de substituição e PMA são praticamente indissociáveis, sendo a utilização da PMA uma alternativa ao “coito” entre pessoas estranhas, normalmente sentido pelo casal como uma espécie de adultério.

##### *a. Técnicas de procriação medicamente assistida*

A PMA utiliza um conjunto de técnicas destinadas à criação de um embrião sem que para esse efeito haja um ato sexual. A referência a estas técnicas na dissertação é extremamente importante para a compreensão da maternidade de substituição, uma vez que a utilização de uma ou de outra técnica vai ter importantes consequências em todo o processo, como veremos adiante.

Segundo a Lei da procriação medicamente assistida (LPMA), Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula, conforme prescrito no seu art. 1º, as técnicas de procriação medicamente assistida, esta aplica-se às seguintes técnicas de PMA (art. 2º da LPMA): inseminação artificial (IA), fertilização *in vitro* (FIV); injeção intracitoplasmática de espermatozoides; transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; diagnóstico genético pré-implantação; outras técnicas laboratoriais. Apenas descreverei as duas primeiras, de longe as mais importantes e mais utilizadas pelos intervenientes num contrato de gestação.

---

<sup>2</sup>Sobre este caso, vide In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988) em [http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/.../In\\_re\\_baby\\_M.pdf](http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/.../In_re_baby_M.pdf). Já muito foi escrito por muitos autores sobre o caso *Baby M*, referenciando-se, a título de exemplo, OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma/duas! O contrato de gestação*, Coleção Argumentum/2, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp 87 e ss.

<sup>3</sup>Para uma leitura mais pormenorizada do caso, vide BRAZIER, Margaret; CAMPBELL, Alastair; GOLOMBOK, Susan, “Surrogacy”, Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation, Report of the review team, outubro 1998, (91 pp), (<http://www.maia-asso.org/doc/gpa/surrogGB98.pdf>), p. 18.

1) Inseminação artificial: "técnica que consiste na introdução artificial (...) de esperma no organismo feminino, no endocolo, no interior do útero ou na própria cavidade peritoneal. Neste procedimento pode ser utilizado o esperma proveniente do cônjuge ou do convivente, ou ainda de um terceiro dador, sendo o sémen inseminado depois de diversas preparações laboratoriais ou logo após a respectiva colheita (a fresco) "<sup>4</sup>.

2) Fertilização *in vitro*: distingue-se da técnica anterior porque o processo de fertilização "não ocorre no interior do corpo da mulher, mas dentro de um tubo de ensaio". Os ovócitos são retirados de uma mulher e aos quais se junta, em laboratório, o esperma do elemento masculino do casal ou de um terceiro dador, sendo posteriormente transferido o embrião para o corpo materno. "A mulher a quem são extraídos os ovócitos pode ser a mesma que levará a cabo a gestação de embrião ou então podem ser mulheres distintas".<sup>5</sup>

b. *Processos de PMA homólogos e heterólogos*

Quando um casal se submete a uma das técnicas de PMA, é importante distinguir a proveniência das células reprodutoras. Isto porque, "a distinção entre inseminação homóloga e heteróloga, que nenhuma diferença acusa no aspecto técnico da intervenção médica, reveste uma importância capital, sob vários aspetos, no plano do direito (...) "<sup>6</sup>, nomeadamente na determinação da paternidade e maternidade. Assim, "Se os espermatozoides e os ovócitos provêm do próprio casal, estamos na presença de uma procriação medicamente assistida *homóloga*"<sup>7</sup>. "Se o espermatozoides ou/e os ovócitos não provêm do casal, tendo havido recurso a um dador, a alguém que é exterior ao casal a procriação diz-se *heteróloga*".<sup>8</sup> Será este o caso do marido que, com a anuência da sua esposa, fornece o seu sémen para ser inseminado no corpo de outra mulher, com vista a esta fazer a gestação de um filho desejado pelo casal.

c. *Maternidade de substituição genética (ou tradicional) e gestacional*

Na maternidade de substituição genética, ou "tradicional"<sup>9</sup>, a mãe de gestação fornece não só o útero para a gestação mas também o óvulo que vai ser fecundado, normalmente por

---

<sup>4</sup> SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, PLMJ Sociedade de Advogados, RL, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 14.

<sup>5</sup> *Ob. cit., loc. cit.*, p. 14.

<sup>6</sup> VARELA, Antunes, "A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994-1995, 127º, N.ºs 3838-3849, p. 266.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo - Lições*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL, 2010, p. 237.

<sup>8</sup> PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito...*, *ob. cit.*, p. 237.

<sup>9</sup> Utilizando este conceito temos RAMOS, H. Vilaça, "Maternidade de Substituição - perspectiva bioética", in *Brotéria Cristianismo e Cultura*, Lisboa, 2012, vol. 175, n.º 2/3, Agosto/Set 2012, pp 141-160, p. 144. O autor



inseminação artificial, com o espermatozóide ou do elemento masculino do casal de receção ou de um terceiro dador, quase sempre anónimo.

Na maternidade de substituição (puramente) gestacional a mãe de gestação não contribui com as suas gâmetas para o processo reprodutivo, ela "apenas" se presta à gestação. Neste caso, ela recebe um embrião já formado em laboratório através da técnica de FIV. Normalmente o óvulo provém da mãe de receção, que assim é também a mãe genética, situação preferida pelo casal de receção, ou então de uma terceira dadora, anónima ou não.

## *2. Conceito*

O conceito de "maternidade de substituição" é-nos dado, v.g., pelo art. 8º, n.º 2, da LPMA, que enquadra a maternidade de substituição no domínio da procriação medicamente assistida. De acordo com a lei, "entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade". Indiferente para a lei é o tipo de obrigação assumida assim como se se utilizam os gâmetas de ambos, de um só ou de nenhum elemento do casal que pretende um filho. Da mesma forma, numa situação em que uma mulher infértil, incapaz de produzir ovócitos mas capaz de gerar recebe gâmetas de uma terceira mulher, não reflete a maternidade de substituição, mas sim uma dação de ovócitos. O que verdadeiramente caracteriza a maternidade de substituição é a procriação para outrem.

## *3. Terminologia adotada*

A maternidade de substituição é uma prática em si tão complexa<sup>10</sup>, que as dificuldades até a nível terminológico e semântico se fazem sentir. Na verdade, poderemos falar de "maternidade de substituição", "gestação de substituição", "barriga de aluguer", "empréstimo para outrem", "maternidade sub-rogada", entre outros termos, apresentados pela já extensa doutrina nesta área. Relativamente à mulher que engravida para outrem existe um manancial de expressões das quais referimos algumas, tais como, "mãe de aluguer", "mãe de gestação",

---

refere mesmo que "a forma mais frequente no início era a (...) tradicional, mas tem vindo a ser progressivamente substituída pela (...) gestacional que permite que a criança tenha genes só dos pais intencionais. Nos EUA o momento de viragem ocorreu em 1994, quando o processo gestacional atingiu os 50% dos casos".

<sup>10</sup> A título de demonstração, e para se perceber a complexidade que pode reinar nesta área, existem as seguintes hipóteses na maternidade de substituição: o óvulo é da mãe de gestação e o espermatozóide do membro masculino do casal de receção; o óvulo e o espermatozóide são fornecidos pelo casal de receção; o óvulo é doado por uma terceira dadora e o espermatozóide é fornecido pelo elemento masculino do casal; o óvulo é da mãe de receção e o espermatozóide de um terceiro dador; o óvulo é fornecido pela gestante e o espermatozóide é de terceiro dador; o óvulo e o espermatozóide provêm de terceiros dadores.

"mãe portadora", "mãe hospedeira" ou "mãe de substituição" e do lado da mulher que deseja o filho falamos em "mãe contratante", "mãe legal", "mãe social", "mãe de destino" ou "mãe de receção". A LPMA optou pela expressão "maternidade de substituição", conceito utilizado no direito anglo-americano, e que se tem mais ou menos imposto em todos os países da cultura civilizacional ocidental. Jorge Duarte Pinheiro refere mesmo que "o conceito [maternidade de substituição] contém uma visão apriorística da matéria da determinação da filiação materna: seria mãe quem dá à luz<sup>11</sup>". E ainda que esta expressão sugere "que se está perante alguém que é temporariamente mãe, alguém que é mãe durante o período de gestação e que depois deixa de o ser. (...) [mas] "quem substitui quem?"<sup>12</sup>, pergunta o autor. As críticas à expressão utilizada são muitas e permaneceram ao longo dos tempos, referindo-se por vezes que a terminologia adotada "supõe a fragmentação do conceito de maternidade e a subalternização do papel da grávida..."<sup>13</sup>.

Da nossa parte, contemplando aquilo que a lei designa por "maternidade de substituição" tanto as situações em que há ligação genética entre a grávida e o nascituro como as que não há, não nos parece viável utilizar apenas a expressão "gestação de substituição" ou outras, mais limitadora sem dúvida no seu significado quanto à ligação entre aquela que gera para outrem e a criança. Optámos assim pela expressão "maternidade de substituição", acompanhando a Lei da PMA, porque é mais abrangente e, em relação às partes envolvidas, "mãe de gestação" para a mulher que faz a gestação e dá à luz a criança, visto que o termo "substituição" supõe que ela substitui temporariamente outra mulher, e "mãe de receção" ou "casal de receção" para a mulher ou casal que pretende um filho. Em relação a esta última, a expressão "mãe social" é muito redutora, pois muitas vezes ela é também a mãe genética e a expressão "mãe legal" entra em contradição com aquilo que a nossa lei determina quanto ao estabelecimento da maternidade.

---

<sup>11</sup>PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito...*, *ob. cit.*, p. 260.

<sup>12</sup>PINHEIRO, Jorge Duarte, "Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição", in *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2008, Vol. II, pp 323-344, pp 323 e 324.

<sup>13</sup>SILVA, Miguel Oliveira da, "Relatório Sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição", Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Março de 2012 (39 pp), (<http://www.cneqv.pt/.../1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1>), p. 24. Também muito críticos em relação a este assunto, ASCENSÃO, José de Oliveira, "A Lei N.º 32/06 sobre Procriação Medicamente Assistida", ([http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777...](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777...)), p. 23; RAMOS, H. Vilaça, "Maternidade de Substituição...", p. 143, nota 3 e CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, "Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição", (63/CNECV/2012), março de 2012, (13 pp), (<http://www.cneqv.pt/admin/files/.../1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.p...>), pp 7-8.

## CAP II

### *A PMA e a maternidade de substituição no ordenamento jurídico português*

#### *1. O estabelecimento da filiação no Código Civil português*

"A distinção entre filiação biológica e filiação jurídica não é mais do que uma aplicação da diferença conhecida entre o Facto e o Direito"<sup>14</sup>. E a transformação da filiação natural em jurídica depende dos critérios de estabelecimento da parentalidade que a lei considera como preferenciais. Assim, parece-nos relevante que nesta análise se faça uma passagem pelo artigo 1801º, por alguns artigos referentes ao estabelecimento da maternidade e paternidade e ainda pelo importante artigo 1839º, n.º 3, que se refere ao estabelecimento da paternidade em caso de procriação assistida, mormente heteróloga.

O art. 1801º, do CC, determina que "nas ações relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados". A importância do artigo para o tema da maternidade de substituição prende-se com o facto de este explicitamente demonstrar a importância do uso dos métodos científicos para a descoberta dos vínculos biológicos, em respeito pelo princípio da verdade biológica<sup>15</sup>. Desta forma, este artigo poderá ser um importante auxílio legal para a questão da supremacia (ou não) da maternidade genética ou biológica sobre a maternidade uterina (também biológica!)<sup>16</sup>, dissociação que existe quando estamos perante uma maternidade de substituição puramente gestacional.

O Código Civil português é claro quando refere no seu art. 1796º, n.º 1, 1ª parte que "relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento". E o "facto" natural ou biológico do nascimento é o parto, momento em que de forma clara e inequívoca<sup>17</sup> uma mulher, seja solteira ou casada, se torna mãe de uma criança, sem necessidade de um ato de perfilhação, necessitando apenas de ser indicado por ela ou por terceiro perante o registo civil de que é a mãe ou então por reconhecimento posterior da mesma. Com o parto a mulher

---

<sup>14</sup>É assim que COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família - Direito da Filiação*, Tomo II - Estabelecimento da Filiação, Adoção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, Vol. II, pp 23 e 24 iniciam o seu percurso sobre o estabelecimento da filiação no direito português.

<sup>15</sup>O princípio da verdade biológica exprime a ideia de que o sistema de "estabelecimento da filiação" pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel, isto é, pretende que a mãe juridicamente reconhecida e o pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho - COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito...*, *ob. cit.*, p. 52. Também sobre a importância deste princípio e do art. 1801º, do CC, AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp 655-713, pp 681 e 684.

<sup>16</sup>Uma criança pode assim ter duas mães biológicas, a *genitrix* e a *gestatrix*. Sobre este aspeto ver CORNU, Gérard, *Droit civil: La famille*, 8ème edition, Paris, Montchrestien, 2003, p. 458.

<sup>17</sup>Daí a máxima latina "*Mater semper certa est*".

torna-se, de forma visível e facilmente demonstrável, a mãe biológica de um recém-nascido, pelo que é facilmente apreensível a opção do legislador em considerar a "mãe" aquela que "dá à luz". Contudo, um facto poderá ter escapado ao legislador em 1977 quando redigiu esta norma: terá ele alguma vez cogitado que viria a ser possível dissociar a figura da maternidade em maternidade genética (mulher que doa o óvulo) e maternidade uterina (mulher que faz a gestação)? É possível que não, pois os avanços da ciência na altura ainda não o fariam supor, embora, como já se referiu, a prática da maternidade de substituição não exija, para existir, esta dissociação. Mas também é possível que para o legislador esta dissociação nem fosse à altura relevante, entendendo o parto como o único facto biológico relevante.

Relativamente ao pai, reza o código civil português nos seus arts. 1796º, n.º 2, e 1826º, n.º 1, que a paternidade se presume relativamente ao marido da mãe, exceto se a mulher manifestar coisa diferente na declaração de nascimento (art. 1832º, CC), atendendo ainda às exceções dos arts. 1828º (filhos nascidos dentro dos 180 dias após o casamento) e 1829º (filhos concebidos depois de finda a coabitação), do CC. Quanto à paternidade, o estado de casada da mulher deu a possibilidade de seguir um caminho mais simples na determinação da paternidade, o da presunção legal "*pater is est quem nuptias demonstrant*", assente na ideia da maior probabilidade de o autor da fecundação ser o marido. Esta é uma presunção ilidível, não absoluta, sendo possível impugnar a paternidade nos termos do art. 1838º e ss, ou do art. 1840º, do CC. Fora do casamento, a paternidade estabelece-se pelo reconhecimento, que pode ser voluntário (perfilhação) ou impositivo (reconhecimento judicial).

Em ambos os casos, quer na determinação da maternidade quer da paternidade, o legislador pretendeu privilegiar a ligação biológica entre os pais e o novo ser, nascido fruto de ato sexual entre eles. Porém, atualmente são já muitos os casos de bebés que nascem através da PMA e, nestes casos, a constituição da filiação poderá ter de se estabelecer mediante outros critérios, principalmente no caso de inseminação heteróloga. Nestes casos, já não impera a ligação biológica, estabelecendo-se as relações de parentalidade, mormente de paternidade, através da figura do "consentimento". Cai nesta situação o art. 1839º, n.º 3, do CC, que se refere à impossibilidade de impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu. Isto significa duas coisas: que o marido da mãe, que é quem está aqui em causa, não deixará de ser considerado pai, independentemente de os gametas não lhe pertencerem, e que ao dador de gametas não pode ser reconhecida uma relação de

paternidade<sup>18/19</sup>. Segundo a interpretação doutrinal majoritária do artigo, o marido, se não consentiu na inseminação heteróloga pode impugnar a presunção de paternidade, se consentiu na inseminação artificial não poderá pôr em causa a relação de filiação estabelecida<sup>20</sup>.

Este artigo afasta-se do cariz biologista do nosso código relativamente à constituição da filiação. Embora não a única, é uma importante exceção ao princípio da verdade biológica em prol da parentalidade legal ou não biológica<sup>21</sup>. A coincidência entre filiação jurídica e filiação biológica já não é tão vincada<sup>22</sup>. Aplicar-se-á este artigo apenas à inseminação artificial heteróloga, com recurso a dador de esperma ou também de ovócitos? Para Tiago Duarte, o legislador não pretendeu uma nova forma de filiação para a "mulher do pai"<sup>23</sup>, mantendo-se assim uma lacuna intencional em que, relativamente à mulher, a filiação jurídica acompanha a filiação natural, que tem por base a ligação genética entre mãe e filho.

## 2. A Lei 32/2006, de 26 de julho

### a. Antecedentes<sup>24</sup>

Qual era o panorama da procriação medicamente assistida em Portugal antes da publicação da LPMA, a 26 de julho de 2006? Antes do surgimento da Lei da procriação assistida, as

---

<sup>18</sup>Segundo ASCENSÃO, José de Oliveira "Procriação assistida e Direito", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra, Almedina, 1998, Vol. I, pp 645-676, pp 660-661, a lei não está a "falsificar a vontade biológica" ela cria, com este artigo, uma nova modalidade de vínculo de paternidade, para além do adotivo e biológico. Do mesmo modo, CORTE-REAL, Carlos Pamplona, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.)", in *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005, pp 93-112, p. 103, fala de um *tertium genus* de filiação, presente no art. 1839º, n.º 3. ASCENSÃO, José de Oliveira, no seu "Direito e Bioética", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1991, ano 51, julho de 1991, pp 429-458, pp 449, defende que dado que o dador de esperma não tem um projeto de paternidade, apenas contribui com o esperma, ele nunca poderá ser considerado o pai do novo ser.

<sup>19</sup>Posição totalmente oposta, AGUILAR, Francisco, "O princípio da dignidade...", *ob. cit.*, pp 677-678, para quem a letra do art. 1839º, n.º 3, não estabelece nem um corte com o critério biologista nem deixa de atribuir a paternidade/maternidade ao dador/dadora, apenas define uma exceção ao n.º 1 do art. 1839º, do CC.

<sup>20</sup>Nas palavras de LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código civil anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, Vol V (artigos 1796º a 2023º), p. 188, o que o legislador pretende é proibir o *venire contra factum proprium*, ou seja, o abuso de direito pelo cônjuge que prestou o consentimento. Caso se venha a provar que o cônjuge não prestou o consentimento, o filho é considerado sem pai já que o dador anónimo não é o pai do novo ser.

<sup>21</sup>Para VARELA, Antunes, "A inseminação artificial...", 127º, *ob. cit.*, p. 359, o argumento mais forte da lei em benefício do caráter legal ou não biológico da filiação reside na caducidade das ações de impugnação da paternidade presumida e das ações de investigação da maternidade e de paternidade.

<sup>22</sup>Em total discórdia com este facto, AGUILAR, Francisco, "O princípio da dignidade...", *ob. cit.*, p. 665 que argui que o art. 36º da CRP não consagrou, para os casos de PMA, um novo tipo de filiação, devendo imperar única e exclusivamente o critério biológico. Critica também Oliveira Ascensão por defender a ideia do "projeto de paternidade". Para o autor, o critério volitivo não deve ser considerado, pois nada de mais contrário ao princípio da dignidade humana que fazer depender a constituição da filiação da vontade dos progenitores.

<sup>23</sup>DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 70.

<sup>24</sup>Sobre este assunto, vide DUARTE, Tiago, *In Vitro...*, *ob. cit.*, pp 24 e ss., PINHEIRO, Jorge Duarte, "A necessidade...", *ob. cit.*, pp 201 e ss. e CORTE-REAL, Pamplona, "Os efeitos familiares...", *ob. cit.*, pp 95 e ss.

referências no nosso ordenamento jurídico à PMA eram muito escassas. Anteriormente à reforma de 1977 havia apenas um artigo que mencionava a procriação assistida: o art. 1799º do CC. Nos termos deste preceito, a inseminação artificial não podia ser invocada nem para se estabelecer a paternidade face a quem tinha oferecido o esperma, nem para impugnar a paternidade presumida pela lei referente ao homem casado. Servia assim este artigo para manter a união familiar formada com o casamento e para manter a aparência da descendência biológica da prole do casal.

Com a reforma de 1977 do Código Civil, este artigo desapareceu, dando lugar a dois artigos muito polémicos e comentados: estamos a falar do art. 1801º e do art. 1839º, n.º 3, (ambos já atrás transcritos e referenciados), do CC.

Para além destas normas, completam o nosso ordenamento jurídico em matéria de PMA o art. 168º, do Código Penal (CP) que prevê pena de prisão de 1 a 8 anos a "quem praticar ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento", a Lei n.º 3/84, de 24 de março, sobre educação sexual e planeamento familiar, o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, que estabelece normas relativas à disciplina e atividade de bancos de esperma e a Lei 12/93, de 22 de abril, sobre colheita e transplante de tecidos e órgãos de origem humana.

Fruto do frenesim que se estava a sentir principalmente na Europa relativamente ao modo e necessidade de legislar a PMA, em Portugal também se entrou nesse debate doutrinal, mantendo-se durante bastantes anos sem, porém, se chegar a qualquer consenso. A lacuna legislativa existia e precisava de ser sanada.

Com a Revisão Constitucional n.º 1/97 de 20 de setembro, deu-se um importante passo no sentido da legislação da PMA. O legislador constitucional pôs fim às reticências que alguma doutrina colocava à admissibilidade legal das técnicas de PMA. Na verdade, com a nova redação do art. 67º, n.º 2 e) da CRP, a procriação assistida é aceite constitucionalmente, incumbindo ao Estado, para proteção da família, "Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade humana". Esta revisão constitucional deu também nova redação ao art. 26º, *maxime* ao seu n.º 3, que estatui que "a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias de experimentação científica". Fica assim aberto o caminho para, no âmbito da legislação ordinária, se tomar uma posição legal face à PMA. Contudo, a Lei da PMA só foi publicada em 26 de julho de 2006. O que se terá passado entre 1997, quando se deu a 4ª revisão constitucional, e 26 de julho de 2006? Em 1997 o Conselho de Ministros aprovou a proposta de Lei n.º 135/VII. Com base nesta proposta foi criada e aprovada na Assembleia da

República o decreto n.º 415/VII. Todavia, o mesmo seria vetado pelo Presidente da República, em 30 de julho de 1999, por entender que o país ainda não estava preparado para o assunto. Portugal teve então sete anos para amadurecer a sua posição face à PMA até que, em julho 2006, surge finalmente a Lei 32/2006, de 26 de julho.

b. *Análise de alguns preceitos da Lei 32/2006, de 26 de julho*

A Lei 32/2006, de 26 de julho, sobre PMA<sup>25</sup> é constituída por quarenta e oito artigos que visam atribuir uma disciplina legal a muitas questões bastante complexas e cuja apreciação jurídica e legal já vinham desde há muito a ser solicitadas. Analisar-se-á alguns dos seus preceitos legais, ficando o art. 8º, referente à maternidade de substituição, para a alínea seguinte.

**Art. 2º:** este artigo, relativo às técnicas da PMA, já foi desenvolvido no capítulo I desta dissertação; **art. 4º:** o legislador português consagrou a possibilidade de recurso às técnicas de PMA como "método subsidiário" (n.º 1). Segundo o legislador, "a utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras". Não há, portanto, liberdade de optar entre a procriação medicamente assistida e a procriação mediante ato sexual. Com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, a PMA não pode ser entendida como um meio alternativo de procriação<sup>26</sup>; **art. 6º:** este artigo permite que os cônjuges casados bem como os casais conviventes heterossexuais, que vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos, sejam beneficiários das técnicas de PMA<sup>27</sup>. A Lei estabelece ainda uma idade mínima (18 anos) mas não uma idade máxima, o que tem levantado problemas de constitucionalidade<sup>28</sup>. Nas palavras de Oliveira Ascensão, "Vemos assim que a categoria *beneficiário* é independente da continuidade biológica. Aparecem assim uns como que "pais de destinação" ou "sociais" do novo ser, que podem até nada ter que ver com a constituição do genoma deste.

<sup>25</sup>Sobre este assunto, ver, e. g., SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta, *A lei da procriação...*, ob. cit..

<sup>26</sup>Em favor desta solução, ASCENSÃO, Oliveira, "Procriação Assistida...", ob. cit., pp 645-676, p. 648, e contra esta posição, veja-se, por ex., PINHEIRO, Duarte, *O Direito...*, ob. cit., p. 224.

<sup>27</sup>Ficam excluídos os casais de homossexuais e as pessoas singulares, a quem a lei vedou a possibilidade de recorrer a estas técnicas. Questiona-se se estes podem proporcionar à criança "um ambiente familiar normal" (PINHEIRO, Duarte, *O Direito...*, ob. cit., p 228). Contudo, com a possibilidade de os homossexuais poderem atualmente casar indaga-se se não deveria este art. 6º ser alterado de forma a ficar claro quem pode aceder à PMA.

<sup>28</sup>A questão da idade máxima foi suscitada ao Tribunal Constitucional, tendo este, no seu acórdão n.º 101/2009, processo n.º 963/06, Diário da República 2.ª série, n.º 64, 1 de Abril de 2009, ([http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao\\_AcordaoTC\\_101\\_2009.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf)), pp 12457-12458, referido que basta aplicar as "leis da natureza" no âmbito da PMA, ou seja, do mesmo modo que as mulheres que já não podem ter filhos pela via natural devido à idade os não têm, na PMA as mulheres que já não estejam em idade fértil também já não podem ser beneficiárias.

A palavra *beneficiários* foi assim cuidadosamente escolhida<sup>29</sup>; **arts. 20º e 21º**: estes dois artigos são muito importantes para a determinação da paternidade num caso concreto de maternidade de substituição. O art. 20º define que a criança nascida de inseminação heteróloga é tida, para todos os efeitos como filha do marido da mulher inseminada, desde que tenha dado o seu consentimento (art. 14º). O legislador português parece ter favorecido a paternidade social em detrimento da biológica, alicerçada aquela na figura do consentimento. Em consonância com o art. 20º, o art. 21º (e o art. 10º n.º 2) da Lei estatui que "o dador não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer" e que portanto a criança, embora haja laços biológicos entre ambos, não é sua filha<sup>30</sup>.

*c. A maternidade de substituição: o art. 8º da LPMA*

A Lei 32/06, de 26 de julho, declara, no seu n.º 1 do art. 8º "que são nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos de maternidade de substituição". Em termos legais, esta prática é expressamente vetada, quer seja gratuita (é gratuita quando o casal de receção apenas paga as despesas médicas referentes ao processo de maternidade de substituição) ou onerosa (a mãe de gestação recebe ainda uma quantia extra pelo "serviço"), genética ou meramente gestacional. O nosso legislador parece ter optado por valorizar o princípio constitucional da dignidade humana e o superior "interesse da criança" em prol de outros valores constitucionais, não admitindo assim a maternidade de substituição.

O n.º 3 refere-se ao regime do estabelecimento da maternidade, na maternidade de substituição. Nestes casos, a mulher que "dá à luz" é, para todos os efeitos legais, a mãe da criança que vier a nascer. É o culminar da sanção obrigacional do n.º 1. Dado que o contrato é nulo, ele não produz quaisquer efeitos, pelo que "mãe" é a parturiente e não a mulher que pretendia o filho, estando de acordo com o regime geral do art. 1796º, n.º 1, do CC, em que o parto é o determinador da maternidade. Esta solução obsta à produção das consequências desejadas pelos intervenientes no contrato. Se as partes pretendiam que a maternidade fosse atribuída à mãe de receção, tal facto não se verificará. Este entendimento é muito contestado por muitos autores<sup>31</sup>, assunto que será desenvolvido mais adiante.

---

<sup>29</sup>ASCENSÃO, Oliveira, "A Lei n.º 32/06...", *ob. cit.*, p. 5.

<sup>30</sup>Para SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta, *A lei da procriação...*, *ob. cit.*, pp 108 e ss, esta é uma solução razoável. O "pai social", embora não tenha contribuído com material genético, prestou o consentimento e isso basta para criar a ligação de paternidade. Sobre este assunto, ver também RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias, "Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)", in *Lex Medicinæ*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, Ano 3, n.º 6, pp 89- 104, pp 100-101.

<sup>31</sup>Entre eles, PINHEIRO, Duarte, *O Direito...*, *ob. cit.*, p. 277, que critica a opção do regime em sancionar os intervenientes no contrato de gestação, ao invés de atender ao interesse da criança.



### CAP III

#### *A maternidade de substituição no Direito comparado*

A admissibilidade ou não da maternidade de substituição num determinado sistema jurídico depende, em grande medida, do entendimento que esse sistema tenha do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual. O sistema anglo-saxónico impõe muito menos restrições àquilo que nos Estados Unidos da América se chama de *privacy*, sendo, portanto, um sistema mais permissivo à contratualização da maternidade de substituição. O sistema romano-germânico, do qual Portugal faz parte, mais restritivo da autonomia pessoal e muito dominado pelos princípios do Direito da Família, é quase unânime em considerar a proibição dos contratos de maternidade de substituição.

No presente trabalho analisar-se-á a (in)admissibilidade da maternidade de substituição nos seguintes países: Espanha, França, Itália e Reino Unido.

#### **ESPANHA**

A ordem jurídica espanhola foi uma das primeiras ordens jurídicas europeias a regulamentar a procriação medicamente assistida, criando a lei 35/1988, de 22 de novembro, quando a Europa ainda começava a despertar para as questões da bioética.

A lei 35/1988, no seu art. 10º, n.º 1, considerava nulos os contratos de gestação, gratuitos ou onerosos, o que se coadunava perfeitamente com o art. 39º, n.º 2, da Constituição e com o art. 110º, do CC espanhol<sup>32</sup>.

Em 26 de maio de 2006, surgiu a lei 14/2006<sup>33</sup> que revogou e substituiu a Lei 35/1988, de 22 de novembro. Esta lei, composta por 28 artigos, revela-se bastante liberal<sup>34</sup> no que respeita ao acesso às técnicas reprodutivas, permitindo-o não só aos casais e uniões de facto heterossexuais mas também às mulheres sós e mesmo aos casais de lésbicas, embora estas de forma implícita (art. 6º, n.º 1, da Lei).

Relativamente ao estabelecimento da filiação, o regime mantém-se: pais legais serão a mulher que se submete à inseminação e o homem que consente na inseminação, após terem dado o seu consentimento formal, prévio e expresso, não podendo, à semelhança do art. 1839º, n.º 3,

---

<sup>32</sup>Segundo RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe para mãe - questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp 104 e 105.

<sup>33</sup>Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

<sup>34</sup>Sobre este assunto, vide RAPOSO, Vera Lúcia, “Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida”, in *Lex Medicinæ*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, Ano 3, n.º 6, pp. 153-165.

do CC português, impugnar posteriormente a filiação (art. 8º, n.º 1). O mero dador de gâmetas nunca poderá ser reconhecido como pai (ou mãe) do ser que vier a nascer (art. 8º, n.º 3).

No art. 10º, n.º 1, da Lei 14/2006, de 26 de maio, proíbe-se, de forma expressa, os contratos de gestação, gratuitos ou onerosos, de uma mulher que renuncia à filiação materna a favor de contratante ou de terceiro, mantendo a mesma redação que a Lei anterior. Mesmo que a lei fosse omissa a este respeito, este contrato seria nulo, de acordo com as regras de Direito Civil, tanto por ilicitude da causa como pelo seu objeto (indisponibilidade da pessoa humana)<sup>35</sup>. Se porventura vierem a existir contratos de maternidade de substituição, a filiação materna será atribuída à gestante em detrimento da mãe de receção (art. 10º, n.º 2). Quanto à paternidade, esta será determinada pelas regras gerais do Código Civil, atuando a presunção de paternidade caso a gestante seja casada (art. 116º, do CC espanhol). Contudo, o marido da mulher gestante poderá impugnar a paternidade assim como o pai biológico poderá intentar uma ação de reclamação de paternidade (art. 10º, n.º 3), desde que não seja um mero dador. Se não o fizer, não haverá paternidade determinada, ou seja, a criança não terá “pai”.

## FRANÇA

Os primeiros casos de maternidade de substituição surgiram na França no início dos anos 80. Muito publicitado e com um impacto na opinião pública muito forte devido aos vários conflitos afetivos e humanos que suscitou foi o caso de Magali e Christine Sevault, duas irmãs gémeas que recorreram à prática da maternidade de substituição com o fim de proporcionar a Magali, que tivera um acidente que a impossibilitou de ter filhos, o filho que tanto almejava. Christine foi inseminada com o esperma do marido de Magali e, em 24-4-1983, deu à luz Stephane, iniciando aí um pesadelo para a vida das duas irmãs, pois Christine não queria abdicar da sua filha. Teve uma grande depressão e teve de se ausentar para não sentir vontade de ver a filha<sup>36</sup>.

A primeira proibição judicial aconteceu, porém, uns anos mais tarde, após o aparecimento e desenvolvimento de associações que tinham por finalidade "facilitar" o contacto entre os casais inférteis e as mães de gestação. Uma delas foi a associação "Les Cigognes", que em 1988 viu-lhe ser recusada a inscrição no registo dos seus Estatutos, cujo objeto foi considerado ilegal. O recurso interposto para o tribunal administrativo de Estrasburgo foi julgado improcedente pois o tribunal considerou ilegal a atividade desenvolvida pela

<sup>35</sup>Cfr. JIMÉNEZ MUNOZ, Francisco Javier, "Unas reflexiones sobre la nueva ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006", in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Reus, 2008, III época, n.º 4 - octubre-diciembre, pp 639-697.

<sup>36</sup>ANSON OLIART, Francisco, *Se fabrican hombres - informe sobre la genetica humana*, Madrid, Ediciones Rialp, 1988, p. 58.

associação, tendo invocado para o efeito o art. 7º, da Lei de 1 de junho de 1924, o art. 61º, do Código Civil local, o art. 353º, n.º 1, do Código Penal (que pune o crime de abandono ou o incentivo de abandono da criança) e o art. 1128º, do CC, que se refere às coisas que podem ser objeto de contratos<sup>37</sup>. O segundo caso aconteceu no ano seguinte com a associação "Alma Mater". A Cour de Cassation (Supremo Tribunal) confirmou a decisão da Cour D' Appel de Aix-en-Provence, considerando que a associação "Alma Mater" tinha como fim a intermediação da prática da maternidade de substituição e que por isso o seu objeto era ilícito, contrário às leis e aos bons costumes, pelo que a associação é nula nos termos do art. 3º, da Lei de 1 de julho de 1901. Violava ainda o art. 1128º, do CC, por incitar à realização de contratos de gestação, que são contrários aos princípios de ordem pública franceses de indisponibilidade do corpo humano e indisponibilidade do estado das pessoas, o art. 353º, n.º 1 do CP e ainda acusada de desvirtuar o instituto da adoção da sua verdadeira função<sup>38</sup>. Em relação a este último aspeto, foi também importante a decisão da Cour de Cassation em 1991 que proibiu os processos de adoção das crianças nascidas da prática da maternidade de substituição, pois levava ao uso fraudulento deste instituto, anulando, com base nos arts. 6º, 353º e 1128º, do CC, a decisão do Cour D' Appel de Paris de junho de 1990 de atribuir a adoção plena a um casal estéril<sup>39</sup>, que tinha recorrido à maternidade de substituição. A jurisprudência da Cour de Cassation face à maternidade de substituição foi finalmente tomada em consideração pelo legislador que, em 29 de julho 1994, publicou as "leis bioéticas"<sup>40</sup>, nomeadamente a lei 94-653<sup>41</sup> e a lei 94-654<sup>42</sup> que fizeram alterar ou criaram novas disposições no Código de Saúde Pública, no Código Civil e no Código Penal francês. Com a lei 94-653 surge o art. 16º-7 do CC que dispõe que "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle", proibindo assim de forma

---

<sup>37</sup>Sobre este assunto, DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, *Studia Iuridica*, 21, p. 92, nota 199 e também a *Décision du Conseil d'Etat, Assemblée*, du 22 janvier 1988, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?...CET..>).

<sup>38</sup>Ver BOULANGER, François, *Droit civil de la famille: aspects comparatifs et internationaux*, *Collection Droit Civil*, dirigée par Christian Larroumet, Tome II, Paris, Economica, 1997, pp 116-117 e ainda a *Decisão da Cour de Cassation* de 13 décembre de 1989.

<sup>39</sup>*Decisão da Cour de Cassation, Assemblée Plénière*, de 31 mai 1991, (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte...>). Sobre as principais consequências jurídicas da proibição da maternidade de substituição em França, CORNU, Gérard, *Droit civil...*, *ob. cit.*, pp 463-465.

<sup>40</sup>Sobre todas as implicações das "leis bioéticas", RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (coord.), *Droit de la Famille: mariage, divorce, concubinage, filiation, adoption, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l' enfance, prestations familiales, obligations alimentaires*, Paris, Dalloz, 1999, pp 427 e ss.

<sup>41</sup>Loi n.º 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain.

<sup>42</sup>Loi n.º 94-654 du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

expressa a maternidade de substituição, gratuita e onerosa, e considerando nulos os contratos de gestação<sup>43</sup>. Existem, a par da sanção civil, sanções criminais, nomeadamente para aqueles casos de fraude da filiação da criança e incitamento ao abandono (arts. 227º-13 e 353º, n.º 1, do CP)<sup>44</sup>.

## ITÁLIA

A maternidade de substituição na Itália, a par dos outros países europeus, começou a ter maior visibilidade na década de 80, do século passado. Foi nessa década que chegou a tribunal o primeiro grande caso de gestação para outrem. Falamos do caso Velassina-Bedjaoui. Os cônjuges Velassina, italianos, realizaram com Bedjaoui, argelina, um contrato de gestação. Esta seria inseminada com o esperma do elemento masculino do casal Velassina, obrigando-se a levar a gravidez até ao fim e depois entregar a criança, renunciando aos seus direitos de mãe. O casal de receção vinculou-se, por sua vez, a pagar-lhe uma quantia pecuniária. Durante a gravidez, a gestante exigiu por diversas vezes mais dinheiro, tendo-lhe sido satisfeito o seu desejo. Após o nascimento de Jessica, a mãe de gestação recusou-se a entregá-la, tendo-lhe dado maus tratos e usado como "arma" para chantagear e extorquir dinheiro ao casal Velassina. Estes levaram o caso para o Tribunal Civil de Monza<sup>45</sup> a fim de obter a execução coerciva do contrato. O juiz, contudo, considerou o contrato nulo por violação do artigo 1321º, do Código Civil (CC) italiano, pois o contrato regula relações jurídico-patrimoniais e não pessoais, e ainda por impossibilidade, ilicitude do objeto e ilicitude da causa (arts. 1418º, n.º 2, 1346º e 1343º, do CC)<sup>46</sup>. Ao elemento masculino do casal Velassina, como pai biológico, apenas lhe era consentida a possibilidade de adotar, tendo igual possibilidade Bedjaoui. A gestante tinha ainda em benefício dela a lei geral que considerava "mãe" a mulher que dá à luz (art. 269º, n.º 3, do CC)<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup>BALESTRA, Luigi, "La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese", in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Roma, Giuffrè Editore, 2004, novembredicembre 2004, pp 1097-1107, pp 1097-1098.

<sup>44</sup>Com maior desenvolvimento, MADANAMOOTHO, Allane, "Surrogacy in France: an unlawful practice whose prohibition is in accordance with the Oviedo Convention", in *Lex Medicinæ*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, Ano 9, n.º 17, pp 147-155, pp 149-150.

<sup>45</sup>Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989. Sobre este caso, ver CASSANO, Giuseppe, *La cicogna con il temporizzatore: fremiti di novità in tema di maternità surrogata*, ([http://www.lexitalia.it/articoli/cassano\\_cicogna.htm](http://www.lexitalia.it/articoli/cassano_cicogna.htm)).

<sup>46</sup>FARAONI, Alicia Benedetta, *La maternità surrogata - la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, il diritto privato oggi - serie a cura di Paolo Cendon, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pp 208, ainda acrescenta o art. 30º, n.º 2, da Constituição italiana que reconhece a todos os menores o direito a ser criado num núcleo familiar que permita o desenvolvimento equilibrado da sua personalidade.

<sup>47</sup>Diferentemente entendeu o Tribunal de Roma, na sua ordinanza de 17 febbraio 2000 ([www.unipa.it/.../Tribunale%20Roma%20ordinanza](http://www.unipa.it/.../Tribunale%20Roma%20ordinanza)), que validou os contratos de gestação e provocou vivas reações de oposição a esta decisão. Com maior desenvolvimento, ver SESTA, Michele, "La legge sulla

A lei n.º 40, de 19 fevereiro de 2004<sup>48</sup>, é muito restritiva pois proíbe a inseminação artificial heteróloga (art. 4º, n.º 3), a possibilidade de impugnar a paternidade a quem deu o consentimento e a pretensão da paternidade pelo mero dador anónimo (art. 9º, n.º 1 e 3). Esta opção do legislador italiano deve-se, por um lado, ao seu entendimento sobre a noção de família, fundada em laços biológicos e, por outro, à defesa dos interesses da criança que tem direito à unidade da figura parental (pais genéticos, afetivos e legais concentrados na mesma pessoa<sup>49</sup>). À mulher inseminada é ainda proibido, diferentemente do que a lei prescreve no regime geral, declarar não pretender ser nominada como mãe no registo civil (art. 9º, n.º 2). Relativamente à maternidade de substituição, a lei consagrou de forma mais ou menos explícita<sup>50</sup> a proibição dos acordos de gestação no seu art. 12º, n.º 6, estabelecendo que quem, de qualquer forma, realiza, organiza ou publicita a maternidade de substituição é punido com pena de prisão de três meses a dois anos e com pena de multa de 600.000 a 1.000.000 de euros (tradução nossa). A lei não só parece proibir os contratos de gestação como a criminaliza, caindo a responsabilidade criminal também sobre a gestante e o casal de receção (art. 12º, n.º 8, *à contrario sensu*). Esta solução baseia-se na proibição da inseminação heteróloga pois, para todos os efeitos, a maternidade de substituição é uma forma de inseminação heteróloga.

## REINO UNIDO

É no final dos 70 que surgem os primeiros casos de maternidade de substituição no Reino Unido, mas é com o caso *Baby Cotton* (Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy)), na primeira metade dos anos 80, que esta prática ganha o mediatismo necessário para impulsionar a regulamentação da maternidade de substituição. Um casal de americanos faz um acordo oneroso de maternidade de substituição com Kim Cotton, uma cidadã inglesa, através de uma agência americana especializada no assunto. Contudo, as autoridades inglesas decidiram intervir e regular a situação, tendo o juiz decidido entregar a criança ao casal de receção ou contratante, porque acreditava ser o melhor para o interesse da criança. A questão do pagamento foi mais tarde resolvida, tendo sido concedido à mulher gestante um valor menor

---

procreazione assistita e la coerenza al dettato costituzionale", in corso di formazione ed aggiornamento professionale sul diritto di famiglia, A.I.A.F., ([http://www.studiosesta.it/Allegati/contr\\_sesta\\_me.pdf](http://www.studiosesta.it/Allegati/contr_sesta_me.pdf)), p. 30.

<sup>48</sup> Legge 19 febbraio 2004, n.º 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

<sup>49</sup> Sobre este assunto, ver CASINI, C.; DI PIETRO, M.L.; CASINI, M., "La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita", in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, Vol. XXXIII, Aprile-Giugno 2004, n.º 2, pp 489-533, pp 515 e ss.

<sup>50</sup> Para CAREDDA, Valeria, "Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita", in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Roma, Giuffrè Editore, 2005, marzo-aprile 2005, pp 265-274, pp 270 e ss, a lei não foi clara na sua posição face à maternidade de substituição. No respeitante à maternidade, a lei não resolve os problemas, deixando tudo como estava.

ao acordado inicialmente e apenas para a compensar das "inconveniências" e despesas da gravidez<sup>51</sup>.

A par destes casos reais que assolaram os tribunais ingleses, o Reino Unido dá os primeiros passos no sentido da regulamentação da procriação medicamente assistida e da maternidade de substituição. Foi criada, em 1982, a Comissão Warnock, presidida por Mary Warnock, com o fim de elaborar um relatório sobre a PMA. O relatório, conhecido por Relatório Warnock, surgiu em 1984 e as recomendações incluíam a inadmissibilidade da maternidade de substituição, por ser ética e socialmente inaceitável. Contudo, o *Surrogacy Arrangements Act*, de 16 de julho de 1985, proíbe apenas a maternidade de substituição a título oneroso, criminalizando aqueles que negoceiem, facilitem e/ou publicitem contratos de gestação com um fim lucrativo, mas não já os intervenientes no contrato, seja a mulher gestante, seja o casal de receção (*commissioning couple*), salvo tendo havido violação das proibições em matéria de publicidade. Daí que possa dizer-se que o objetivo do diploma foi o de impedir a comercialização e negociação profissional da maternidade de substituição, tendo os contratos a título gratuito ficado arredados desta proibição.

Em 1 de novembro de 1990 surge o *Human Fertilization and Embryology Act* que faz algumas alterações ao *Surrogacy Arrangements Act* e introduz novos artigos. Na sua parte 2, secção 33, subsecção (1), estatui que a mulher gestante é, para todos os efeitos, a mãe da criança. Só por adoção a mãe de receção poderá ter pretensões a ser mãe<sup>52</sup>. Na sua secção 35, a lei declara que em caso de inseminação artificial heteróloga o marido da mulher inseminada, caso tenha dado o seu consentimento, é havido como o pai da criança e na sua secção 54 a lei refere-se às *Parental Orders*. As *Parental Orders* são processos judiciais supervisionados pela *Human Fertilization and Embryology Authority* tendentes à atribuição da paternidade e maternidade jurídica ao casal contratante ou de receção. Os intervenientes terão de pedir a *Parental Order* nos seis meses após o nascimento do bebé. Quer isto dizer que a lei admite os contratos de gestação validamente celebrados, desde que cumpram os requisitos da secção 54, ou seja, que a gestante não tenha fornecido os seus gâmetas para o processo reprodutivo, que a gestação da criança tenha na sua base as gâmetas de pelo menos um dos elementos do casal de receção, que a mulher gestante e o seu companheiro ou marido tenham dado o seu

---

<sup>51</sup>Para uma leitura mais pormenorizada do caso, vide BRAZIER, Margaret; CAMPBELL, Alastair, GOLOMBOK, Susan, "Surrogacy"..., *ob. cit.*, pp 18 e ss.

<sup>52</sup>GAMA, Nogueira da, *A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 329.

consentimento de forma livre, nunca antes de terem passado 6 semanas após o nascimento da criança e que não tenha sido contratado qualquer pagamento pelo acordo.

Todavia, o *Human Fertilization and Embriology Act* também determina que os contratos de maternidade de substituição não são executáveis (*unenforceable*) contra a vontade das partes envolvidas, ou seja, a lei aceita que o livre acordo dos particulares, acompanhado de uma decisão judicial, possa ser um novo método de estabelecimento da maternidade e paternidade mas que só tem força enquanto houver um acordo firme que todos os interessados desejam respeitar, caso contrário, a maternidade é atribuída nos termos gerais, ou seja, à mulher que teve o parto<sup>53</sup>.

Conclui-se assim que o sistema jurídico inglês, de raiz anglo-saxónica, busca atribuir a responsabilidade parental àqueles que, no caso concreto, melhor atendem aos interesses da criança.

---

<sup>53</sup> Sobre este assunto, ver também DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida...*, ob. cit., pp 87-88.

## CAP IV

### *Em defesa e em recusa da maternidade de substituição. Síntese argumentativa*

O levantamento dos principais argumentos contra e em favor da maternidade de substituição constitui um importante auxílio teórico para a defesa (ou não) dos contratos de gestação, sejam a título gratuito, sejam oneroso. Os argumentos que vão ser apresentados são os mais referidos pela doutrina, não se pretendendo ser exaustivo. Apesar de apresentados em separado, eles interrelacionam-se e muitas vezes são a "contra face da mesma moeda". Alguns têm assento constitucional, outros não. Certo é que a aqueles que têm maior ligação com as normas constitucionais serão os argumentos mais sólidos. Interessam-nos, por isso, sobretudo, aqueles que possam contender com a dignidade da pessoa humana, a sua integridade física, intimidade, igualdade e direito à procriação e capacidade reprodutiva.

Os argumentos a favor serão apresentados da seguinte forma: em primeiro lugar aqueles que encontram proteção na Constituição Portuguesa e por fim aqueles que apelam a considerações morais e éticas.

No que toca ao ordenamento jurídico português, e no que respeita ao plano constitucional, parece-nos evidente que os arts. 24º, 26º, 36º, 67º e 68º da CRP permitem ser invocados para legitimar o reconhecimento constitucional de um direito à maternidade de substituição.

Os argumentos contra a maternidade de substituição estão, do mesmo modo que os argumentos em defesa desta prática, radicados na Constituição portuguesa. O argumento mais importante está, desde logo, presente no art. 1º da CRP, embora também um pouco por toda a Constituição já que se trata de um princípio basilar do ordenamento jurídico nacional. Referimo-nos ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, nos termos do art. 67º, n.º 2 e) funciona como limite à procriação medicamente assistida.

Existem ainda outros preceitos constitucionais, como o art. 67º, referente à proteção da família (este artigo também pode ser utilizado em defesa da maternidade de substituição), o art. 68º, relativo à proteção da maternidade e paternidade e o art. 69º, que tem por fim a proteção da infância, inclusive em situações de abandono, que funcionam como "barreiras" à admissibilidade ou mesmo legalidade da maternidade de substituição.

*1. O direito constitucional a “constituir família em condições de plena igualdade” do art. 36º, n.º 1 da Constituição*

*a. O desejo de ter filhos biológicos*

A vontade de ter filhos com os quais se tem ligação biológica é uma aspiração comum à grande maioria dos casais. Só desta forma se compreende porque é que muitos casais com



problemas de fertilidade se sujeitam a tratamentos muito prolongados e física e psicologicamente desgastantes. Porém, será este desejo um mero desejo ou é um direito? Se for um direito este é moral ou legal? Será um direito constitucional e dentro destes um direito, liberdade e garantia? Quando os filhos nascem em consequência de um ato sexual, natural, entre um casal, não existe qualquer apreciação moral pela sociedade ou qualquer intervenção legal pelo Estado relativamente ao suposto “direito” ou “desejo” a ter filhos. Estas questões tornam-se, pois, mais prementes quando um casal é incapaz de procriar pela via natural (ou sexual) e, para que possa ter um filho, necessita de recorrer à procriação medicamente assistida, em concreto à maternidade de substituição<sup>54</sup>.

Estamos então perante um mero desejo? Existem limites ao desejo de maternidade e de paternidade, quando tenha de se valer das práticas de PMA? Para H. Vilaça Ramos<sup>55</sup>, estamos a falar de um desejo e não de um direito em si. Até porque este desejo contende com o interesse legítimo de outrem, que é a criança que vem a nascer, contende com a sua dignidade humana, subjugando-a ao desejo egoísta e mesquinho do casal infértil. Há que sublinhar que a existência de uma criança, quer seja biológica, quer seja adotada, poderá não ser obrigatória na realização pessoal de um casal<sup>56</sup>.

b. *O direito de "constituir família" é um direito à reprodução?*

Nos termos do art. 36º, nº 1, da CRP "Todos têm direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade", família que "como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros" (art. 67º, nº 1, da CRP).

A pertinência da análise do artigo 36º, nº 1, liga-se à necessidade de verificar se quando a Constituição refere que há um direito constitucional a “constituir família”, está subjacente um

---

<sup>54</sup>CARDOSO, Augusto Lopes, “Procriação humana assistida (alguns aspetos jurídicos)” in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1991, ano 51, abril de 1991, pp 5-27, p. 10, em oposição a alguns autores que consideram “*contra natura*” a PMA, defende ser “natural” uma família procurar ter filhos pelos meios técnicos disponíveis e que o Estado deve respeitar a autonomia do casal relativamente ao seu planeamento familiar.

<sup>55</sup>RAMOS, H. Vilaça, “Maternidade de substituição...”, *ob. cit.*, p. 153. No mesmo sentido, PATTO, Pedro Vaz, “Maternidade de substituição - Um retrocesso social”, in *Brotéria Cristianismo e Cultura*, Lisboa, 2011, Vol. 172, nº 1, janeiro 2011, pp 33-43, p. 38, que afirma que em vez de um “direito ao filho”, existem os “direitos do filho”. E estes direitos são, nomeadamente, os de não ser objeto de qualquer contrato, de não ser tratado como mercadoria e os de conhecer as condições do seu nascimento. Guilherme de Oliveira também critica ferozmente este pretensão direito (ou desejo) a procriar, anotando que também se deverá atender “aos interesses do filho assim como à integridade dos laços de parentesco”. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 52.

<sup>56</sup>Esta ideia é-nos partilhada por SILVA, Miguel Oliveira da, “Relatório Sobre...”, *ob. cit.*, p. 26.

direito à reprodução<sup>57</sup>, a constituir família natural e, caso esteja, se também inclui as formas de reprodução medicamente assistida, nas quais se inclui a maternidade de substituição. Caso se entenda que há um direito constitucional à reprodução assistida, esta tem consagração constitucional o que poderá legitimar a prática da gestação por conta de outrem, tendo sempre em linha de conta que lhe está sempre subjacente uma situação de infertilidade, principalmente do elemento feminino.

O que é o direito de "constituir família"? Tem o mesmo sentido que direito à reprodução? Ou confunde-se antes com o direito ao matrimónio ou ao conhecimento e reconhecimento da paternidade e da maternidade?

Analisemos, pois, o que alguns autores, mormente constitucionalistas, têm referido quanto ao assunto. Para Antunes Varela<sup>58</sup>, o direito de "constituir família" passa, normalmente, pela celebração do casamento. Um e outro direito, não são direitos distintos mas um único direito. Gomes de Canotilho e Vital Moreira<sup>59</sup> criticam a posição de Varela pois o que está em causa no n.º 1, do art. 36º, da CRP, não é um direito a celebrar casamento, mas sim também um direito a não celebrar, ou seja, dão guarida constitucional às uniões de facto, que são também um meio de "constituir família". Francisco Coelho e Guilherme de Oliveira<sup>60</sup> censuram os autores atrás mencionados porque são muito redutores na sua análise. Segundo estes autores, em causa está, “em primeiro lugar, um direito a procriar e, em segundo lugar, um direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade”. Mas que tipo de procriação, a natural ou também aqui se inclui a PMA? Os autores são omissos quanto a esta questão mas referem não ser inconstitucional o recurso a técnicas de PMA por casais inférteis. Já por famílias monoparentais seria. Se neste facto está um assentimento implícito do direito à reprodução assistida, é algo que não nos cabe afirmar. Segundo ainda Jorge Miranda e Rui de Medeiros<sup>61</sup> o art. 36º, n.º 1, da CRP reconhece expressamente um direito de constituir família

---

<sup>57</sup>O direito à reprodução e à saúde reprodutiva é também defendido pela Organização Mundial da Saúde e pelo Comité para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, cientes de que hoje em dia o desconforto físico e psicológico causado pela incapacidade de se ser pai/mãe é uma ameaça à saúde em geral. CAMPIGLIO, Cristina, *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, Padova, CEDAM, 2003 (pubblicazioni della università di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza, Studi Nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Vol. 108, pp 49-51.

<sup>58</sup>VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 5ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, Vol. I, p. 160.

<sup>59</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª ed. rev, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 561.

<sup>60</sup>COELHO, Francisco; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família - Introdução: direito matrimonial*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, Vol. I, p. 119.

<sup>61</sup>MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui de, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp 813 e ss.

sem casamento. Uma das dimensões deste direito é o direito fundamental a procriar. A conclusão é coerente não apenas com a expressa proteção constitucional da parentalidade (art. 68º, da CRP) mas também com a preocupação da Constituição com a procriação assistida (art. 67º, n.º 2 e), da CRP). Contudo, dizem ainda os autores que este direito a procriar não é absoluto pois há que verificar, *v. g.*, o princípio da proporcionalidade nas restrições aos direitos fundamentais e também que esta possibilidade não fira outros princípios constitucionais.

Que a procriação assistida tem relevância e proteção constitucional, é ponto assente. Que o direito a "constituir família" significa também um direito a procriar é, para a maioria dos autores referidos nesta dissertação, também um ponto assente. Se este "direito de procriar" inclui as práticas de PMA e, em particular, a maternidade de substituição, é algo que analisaremos de seguida.

*c. A maternidade de substituição como "instrumento" do direito a procriar*

A inseminação artificial com sêmen de dador, a dação de óvulos ou a maternidade de substituição corresponderão ainda ao exercício de um direito a procriar? Será que ao proibirmos a maternidade de substituição estamos a limitar o direito à reprodução consagrado na Constituição?

As respostas à primeira questão são dadas pela doutrina, mas não são consensuais. Vera Lúcia Raposo<sup>62</sup> defende uma interpretação atualista do texto constitucional, por onde se vislumbraria não só o direito a procriar pela via natural mas também através da procriação assistida. Pamplona Corte-Real também defende "um recorte conceptual alargado do direito a procriar abarcando a procriação artificial"<sup>63</sup>, até porque, se assim não fosse, seria limitado o alcance da tutela constitucional da procriação medicamente assistida, patente no art. 67º, n.º 2 al. e), da CRP.

Guilherme de Oliveira, entre outros autores, tem uma posição oposta, manifestando elevada contestação à utilização das técnicas de PMA para ultrapassar uma deficiência reprodutiva. Facto ainda agravado por se utilizar uma criança como "objeto" de um projeto parental, sem se atender aos seus interesses. O autor admite que o direito a procriar "dê aos inférteis uma expectativa razoável e uma legitimidade de princípio para se socorrerem dos meios técnicos que a sociedade alcançou; porém, isto não pode significar a atribuição de uma legitimidade

---

<sup>62</sup>RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.*, p. 76.

<sup>63</sup>CORTE-REAL, Pamplona, "Os efeitos familiares...", *ob. cit.*, p. 101.

indiscutível para usar um qualquer meio concreto"<sup>64</sup>. Francisco Aguilár advoga que estas técnicas não são métodos terapêuticos, porque os casais não deixam de ser inférteis. "O direito a procriar deverá ser entendido como direito a ter filhos próprios (...) até porque a PMA com recurso a dador não constitui forma de suprimento da insuficiência fisiológica e reprodutiva"<sup>65</sup>. Diogo Leite de Campos apela mesmo ao bom senso pois existem limites ao ser humano que mesmo com o apoio da ciência e tecnologia, não podem (ou não devem) ser ultrapassados. Conclui o seu artigo afirmando que "a transmissão da vida humana não pode ser desvinculada de um acto pessoal, livre, consciente e natural de um homem e de uma mulher. Em via de regra e desejavelmente, o acto sexual. Em casos excepcionais e a título subsidiário, a procriação medicamente assistida homóloga"<sup>66</sup>. Nunca a heteróloga, e muito menos a maternidade de substituição.

Em resposta à segunda questão acima formulada - se a proibição da maternidade de substituição limita o direito à reprodução - há que distinguir se se está a referir ao elemento masculino ou ao elemento feminino do casal. No caso do elemento masculino, e se partirmos do princípio que é muito raro existir duas pessoas inférteis no mesmo casal, a proibição da maternidade de substituição não veda o seu direito a reproduzir-se<sup>67</sup>. No caso do elemento feminino, a proibição da prática da maternidade de substituição já constitui um forte entrave ao direito a procriar, que se torna ainda mais premente quando a mulher for capaz de gerar ovócitos, portanto capaz de criar vida com a qual venha a ter ligação genética, mas não já de fazer a gestação, sendo necessário recorrer a outros organismos humanos para ultrapassar as suas limitações<sup>68</sup>.

Em súmula, parece estar validado por vários autores um "direito a procriar" e a maternidade de substituição poderá integrar as possibilidades técnicas de concretização deste direito pelos casais inférteis, principalmente quando a mulher, embora não tenha capacidade de fazer a gestação, possa produzir ovócitos. Contudo, o direito a "constituir família", na sua vertente de direito à reprodução, não é um direito absoluto, limitado que está por outros princípios constitucionais.

---

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, pp 50-51.

<sup>65</sup> AGUILAR, Francisco, "O princípio da dignidade...", *ob. cit.*, pp 672-673.

<sup>66</sup> CAMPOS, Diogo Leite de, "A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onipotência do sujeito" ([http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559...](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559...)).

<sup>67</sup> Também, OLIVEIRA, Guilherme, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 53, defende o mesmo ponto de vista.

<sup>68</sup> Segundo, RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.*, pp 14-15 e também CORTE-REAL, Pamplona, "Os efeitos familiares...", *ob. cit.*, p. 101, é, inclusive, duvidoso que a aspiração de descendência biológica seja efetivamente um direito quando nenhum dos membros do casal tenha capacidade de reprodução.

## 2. *Autonomia Privada e direito a dispor do próprio corpo*

O direito à privacidade e liberdade pessoais têm, no ordenamento jurídico português, consagração constitucional nos arts. 26º, n.º 1, 27º, n.º 1 e 34º, da CRP e ainda no art. 80º, (a par da tutela geral da personalidade do art. 70º, deste código), e ainda do art. 405º, do CC.

Analisando os artigos em questão, nomeadamente os arts. 26º, n.º 1, 34º, da CRP e 80º, do CC, o direito à privacidade refere-se essencialmente à proibição da obtenção de informações pessoais e sua divulgação, assim como a proteção do sigilo da correspondência.<sup>69</sup> Significa isto que, fora do âmbito de proteção do preceito se encontram os *privacy rights*<sup>70</sup> invocados na jurisprudência norte-americana para justificar os direitos reprodutivos enquanto expressão da autonomia individual. Na legislação e jurisprudência norte americanas, a *privacy* refere-se, numa das suas dimensões, à possibilidade de os cidadãos celebrarem os contratos que mais se adequassem aos seus interesses, sem qualquer intromissão estatal, como manifestação de liberdade e autonomia contratual. No domínio do direito reprodutivo, o direito a celebrar contratos de gestação válidos e eficazes, em que as partes são soberanas e em que a intervenção do Estado é mínima.

No ordenamento jurídico português, a liberdade contratual está expressa no art. 405º, do CC. Este princípio é um corolário da autonomia privada, concebido como o poder de autorregulamentação dos interesses concretos das partes, através de acordos vinculativos<sup>71</sup>. O sujeito jurídico tem não só a liberdade de contratar e a liberdade de escolha do outro contraente como também a de fixação do conteúdo do contrato. Só que, no ordenamento jurídico português, a liberdade contratual está obrigada a respeitar os princípios fundamentais do direito, expressos nos conceitos indeterminados de "ordem pública" e "bons costumes", como resulta do art. 280º, n.º 1, do CC, sendo este um primeiro limite à autonomia pessoal. Acresce que os assuntos relativos à procriação medicamente assistida, nos quais a maternidade de substituição e os contratos de gestação se enquadram, porque considerados do domínio público, são resolvidos pelo Direito da Família, em que existe uma forte interferência do Estado e já não através de instrumentos do direito privado, mormente do Direito das

---

<sup>69</sup> A definição do que é e não é a "privacidade" no ordenamento jurídico português é-nos dada por PINTO, Paulo Mota, "O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada", in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1993, Vol. LXIX, pp 479-586, p. 506, para quem "privacidade" é informação (num sentido lato).

<sup>70</sup> O conceito de "vida privada" no ordenamento jurídico português é explicitado por PINTO, Paulo Mota no seu "O Direito à Reserva...", *ob. cit.*, pp 527 e ss.

<sup>71</sup> VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, Vol. I, pp 231-232.

Obrigações. Fica, então, muito pouco espaço para a autonomia individual, estando esta subordinada à lei e à função diretiva dos juízes<sup>72</sup>.

Uma segunda dimensão da *privacy* respeita à liberdade de cada mulher dispor do seu próprio corpo, protegida pelo direito geral de liberdade do art. 27º, n.º 1, da CRP. Esta liberdade de dispor do próprio corpo significa, no domínio da maternidade de substituição, a liberdade que a mãe gestante ou de substituição tem em celebrar contratos de gestação, "oferecendo" o seu corpo como "meio" de gerar um filho para outrem. Os defensores da liberdade de disposição do próprio corpo<sup>73</sup> entendem que a gestação suportada pela mãe de substituição mais não é que um "serviço", embora um serviço com características especiais. O nosso corpo, embora muitas vezes não o reflitamos sobre isto, presta "serviços corporais" com muita frequência. Acontece com os trabalhos manuais ou intelectuais que executamos no emprego todos os dias ou, com maior exposição ainda, na moda e no desporto<sup>74</sup>. E estes factos não são censurados nem pela doutrina, nem pelo ordenamento jurídico português que, por sua vez, criticam e proíbem veementemente a instrumentalização do corpo humano nos casos de maternidade de substituição.

A diferença, referem os opositores, é que no caso da maternidade de substituição, a hiper alienação do corpo da mulher gestante é muito maior do que nos outros casos. A mulher encontra-se colocada numa situação de verdadeira "bio escravatura"<sup>75</sup> e exploração e ao consentir esta prática, atenta contra a sua própria dignidade humana<sup>76</sup>; não dispõe de uma verdadeira liberdade e propriedade do seu corpo, é apenas um meio de produção, neste caso, de bebés. A dignidade humana é algo de que o indivíduo, mesmo que com o seu consentimento livre e informado, não pode alienar, prescindir. A gestante não pode, de sua livre e espontânea vontade propor-se a vender ou emprestar o seu corpo. Estão proibidos atos de disposição do próprio corpo quando permitirem ofensas à integridade física ou quando

---

<sup>72</sup>É este o entendimento de OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, p. 59. Segundo o autor, "o destino de um filho escapa à mera decisão dos seus progenitores, é um assunto de interesse público", advertindo ainda que esta "privatização das decisões em matéria de reprodução" estão a ganhar terreno.

<sup>73</sup>Entre as principais defensoras do direito de as mulheres tomarem autonomamente decisões sobre o próprio corpo, seja para decidir ter filhos sem passar pela gravidez, seja para decidir aceitar receber um pagamento pela gestação de uma criança, estão FIELD, Martha A., *Surrogate motherhood (The legal and human issues)*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1990 e ANDREWS, Lori, *Between strangers: surrogate mothers, expectant fathers & brave new babies*, Harper & Row, New York, 1989, *apud* RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.*, pp 66-67.

<sup>74</sup>Com este ponto de vista, RAPOSO, Vera Lúcia, "Quando a cegonha chega por contrato", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2012, n.º 88, Março de 2012, pp 26-27, p. 26.

<sup>75</sup>OTERO, Paulo, "A dimensão...", *ob. cit.*, p. 86.

<sup>76</sup>RAMOS, H. Vilaça, "Maternidade de substituição...", *ob. cit.*, p. 156, refere que o exercício da liberdade individual não pode pôr em causa a dignidade humana.

sejam de outra forma contrários à lei ou aos bons costumes<sup>77</sup>. O corpo pertence ao domínio do indisponível, é algo fora do comércio jurídico porque ele corporiza a "pessoa"<sup>78</sup>. Nas palavras de Diogo Leite de Campos, as quais se transcrevem por encarnarem um sentimento geral da doutrina portuguesa, "o dogma da vontade, retirado do domínio do comércio das coisas, foi transferido para o domínio das pessoas. Excluindo-se qualquer interesse que não seja o interesse subjectivo absoluto; nomeadamente, a solidariedade, o interrelacionamento, o nós solidário, apagado pelo eu absoluto predador do tu".

Desta forma conclui-se que os argumentos da autonomia privada e do direito a dispor do próprio corpo não são suficientes para, por si só, tornarem admissível a maternidade de substituição. O argumento da autonomia privada é mesmo muito débil, tendo em conta as características do ordenamento jurídico português e a liberdade de dispor do próprio corpo esbarra com uma cultura profundamente cristã e antiliberal.

### 3. Promover a criação de vida

O facto de, com a maternidade de substituição, a mãe gestante poder ajudar um casal com problemas de fertilidade, "oferecendo-lhes" um filho é, para alguns autores, razão mais que suficiente para justificar a existência desta prática. Na maternidade de substituição "cria-se uma nova, e muito desejada, vida!"<sup>79</sup>. Ora, se entendermos que o direito à vida, consagrado no art. 24º, da CRP, é o mais básico dos direitos do ser humano, todas as ações que a promovam têm de ser legalmente consideradas. Vera Lúcia Raposo menciona ainda que "este é um contrato que fomenta a vida e que confere existência a quem de outra forma não a teria. E não uma existência qualquer, mas uma vida no seio de uma família onde aquele filho é muito desejado. Ou seja, não um filho que nasceu por acidente, por vingança, por despeito ou por motivações económicas (...) mas sim por um profundo ato de amor (...)"<sup>80</sup>.

Todavia, mesmo este argumento, de nobreza quase inabalável, fez surgir na doutrina duras críticas. Duarte Pinheiro critica referindo que "não se pode pensar pura e simplesmente que é melhor existir do que nunca ter existido. A conceção com recurso a técnicas de PMA deve ser um ato refletido, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que virá a nascer"<sup>81</sup>. Paulo Otero expõe ainda que embora o contrato de gestação tenha a nobreza de gerar uma nova

---

<sup>77</sup>Ideia compartilhada por DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida...*, ob. cit., pp 143 e 149-150, e por NETO, Luísa, *O direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 457. Álvaro Dias esclarece ainda que no ordenamento jurídico português, em parte alguma se consagra um pretenso direito a dispor do próprio corpo.

<sup>78</sup>NETO, Luísa, *O direito...*, ob. cit., pp. 426-427.

<sup>79</sup>RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, ob. cit., p. 88.

<sup>80</sup>RAPOSO, Vera Lúcia, "Quando a cegonha ...", ob. cit., p. 27.

<sup>81</sup>PINHEIRO, Jorge Duarte, *Direito...*, ob. cit., p. 267.

vida, "o fim em causa não justifica o meio empregue: a liberdade, nem que seja usada para gerar uma nova vida, não pode conduzir à redução de um ser humano a uma simples coisa"<sup>82</sup>. E Oliveira Ascensão<sup>83</sup> defende que o direito de dar a vida não é possível ser fundado no direito à vida.

Similarmente com o argumento desenvolvido no *item* anterior, o direito à vida não é um direito absoluto. Não está propriamente em questão um direito à vida daquele que já está vivo, mas um direito à vida daquele que ainda nem sequer foi concebido. Esta diferença demonstrou ser muito relevante para grande parte da doutrina.

#### 4. A instrumentalização da criança e da grávida

Este argumento contra a admissibilidade da maternidade de substituição e, por consequência, contra a validade dos contratos reprodutivos ou de gestação, é a contra face de dois argumentos em defesa da maternidade de substituição que já foram enunciados atrás: o do direito à reprodução como direito a "constituir família" e o direito da mulher a dispor do próprio corpo.

Na base deste argumento contra está um princípio muito caro à ordem jurídica portuguesa, sobre o qual assenta a nossa democracia e, diria mais, toda a cultura civilizacional europeia: o princípio da dignidade humana.

A noção de dignidade humana varia não só de acordo com o tempo mas também com os valores culturais de uma determinada comunidade. "Em termos genéricos, a dignidade humana é valor próprio e extrapatrimonial da pessoa humana notadamente nas relações de convívio social, entendendo a pessoa como sujeito moral, que centraliza todos os interesses e bens jurídicos em seu favor"<sup>84</sup>. Embora seja um conceito não unívoco, "deve-se, no entanto, considerar que há um núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, que acarreta a proibição de qualquer comportamento que implique a coisificação e a instrumentalização da pessoa humana que, como se sabe, é um fim e não um meio"<sup>85</sup>.

Segundo os defensores deste argumento, a maternidade de substituição potencia a instrumentalização da criança que virá a nascer assim como a da mulher que faz a gestação. O pagamento da gestação e da renúncia ao papel de mãe de uma mulher traduz uma "coisificação", quer da mulher gestante, paga por este "serviço" como se fosse um serviço

---

<sup>82</sup>OTERO, Paulo, "A dimensão ...", *ob. cit.*, p. 85.

<sup>83</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira, "Direito...", *ob. cit.*, p. 446.

<sup>84</sup>GAMA, Nogueira da, *A Nova Filiação...*, *ob. cit.*, p. 853.

<sup>85</sup>*Ob. cit., loc. cit.*, p. 853.



qualquer, quer da criança, tornada objeto de um contrato de compra e venda ou de doação que seja, havendo assim a violação do princípio da dignidade humana<sup>86</sup>.

Relativamente à criança, o que está em causa numa situação de maternidade de substituição é a utilização desta como simples meio da felicidade dos outros, quer pelo casal de receção quer mesmo pela mãe de substituição. O casal de receção procura, através do contrato de gestação, ter um filho que não pode ter naturalmente, sendo este um "meio" para a sua felicidade plena como casal<sup>87</sup>. A mulher gestante utiliza também a criança como um instrumento ao serviço dos seus intentos, sejam eles de índole financeira ou mesmo razões de solidariedade, acrescentando o facto de a gerar com a intenção de mais tarde a abandonar. Certo é que a criança nunca é um fim em si mesmo<sup>88</sup>, é tratada como objeto e o seu interesse concreto não é ponderado.

A alguns autores<sup>89</sup> repugna, pois, a existência de um contrato que preveja o aborto ou até a desistência do "serviço" se a criança for portadora de uma anomalia mental ou deficiência física; a existência de um contrato em que as partes acordem um preço pela entrega de uma criança e pelo "serviço" de gravidez o que, para Guilherme de Oliveira<sup>90</sup>, mais não é que o pagamento da criança pois ao casal de receção o que interessa é o "produto" final e não a gravidez em si. A venda ou, na pior das hipóteses o "tráfico" de crianças, constitui um crime e os contratos que tenham por base a "venda" de crianças são nulos por violação da ordem pública e dos bons costumes, como veremos no próximo capítulo.

As vozes contra estes duros argumentos vão surgindo aqui e acolá<sup>91</sup>. O contra argumento é o de que a maternidade de substituição não potencia, como afirmam os opositores desta prática, a venda e o "tráfico" de crianças, estas sim atividades degradantes para o ser humano, que o reduzem à condição de "coisa", mas permite, em contrapartida, a uma família acolher aquele

---

<sup>86</sup>Apresentam este entendimento alguns autores, tais como, VARELA, Antunes, "A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995-1996, 128º, N.ºs 3850-3861, pp 69-70 e OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, ob. cit., pp 22 e ss.

<sup>87</sup>Com uma visão crítica da instrumentalização da criança pelo casal de receção, CAMPOS, Diogo Leite de, *A procriação...*, ob. cit., para quem a vontade do casal tem de ter um limite, "sobretudo quando o limite é um ser humano".

<sup>88</sup>OTERO, Paulo, "A dimensão...", ob. cit., p. 87.

<sup>89</sup>OTERO, Paulo, "A dimensão...", ob. cit., p. 88 e OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, ob. cit., pp 33-34.

<sup>90</sup>OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, ob. cit., p. 24.

<sup>91</sup>Veja-se, v. g., o Relatório 63/CNECV/2012, no qual se defende, a p. 7, que "a motivação, a intenção e o interesse de quem recorre às técnicas de PMA para gerar um novo ser é sempre uma motivação de benefício, de realização ou de satisfação pessoais (...) acompanhado da convicção (...) de que o projeto parental será igualmente bom para o novo ser."

filho que há muito tempo procura<sup>92</sup>. Ou relembremos ainda as palavras do juiz Sorkow, do tribunal de New Jersey, no caso *Baby M*<sup>93</sup>, de que em causa não está o pagamento de uma criança mas sim o de um "serviço" de carácter pessoal. Ou ainda se poderia referir que estes medos e suspeitas são completamente tendenciosos. Os filhos nascidos naturalmente, de ato sexual, também podem sofrer o abandono pelos pais, podem ser rejeitados à nascença quando portadores de anomalia motora ou mental ou servirem de "meio" para um fim que lhes é alheio<sup>94</sup>.

A par da instrumentalização da criança existe, com a maternidade de substituição, a instrumentalização da mãe de substituição cujo corpo é utilizado como mera incubadora de filhos para outrem, havendo assim também uma ofensa à sua dignidade humana (art. 1º, da CRP). Há como que uma hiperalienação, uma anulação enquanto pessoa desta mulher pois exige-se em todo o processo da gestação, que é ainda bastante longo, um forte compromisso seu tanto a nível físico como emocional. O seu corpo é explorado e comercializado quer pelo casal de receção, quer pelos intermediários, que normalmente surgem nos casos de maternidade de substituição a título oneroso.

Mas, poder-se-á questionar "não terá esta mulher o direito de fazer do seu corpo o que bem entende? Ela é informada devidamente de todos os passos do processo e presta o seu consentimento de forma livre". Todavia, o prospecto de um incentivo financeiro pode tornar a liberdade de consentimento ilusória<sup>95</sup>. A maternidade de substituição reduz a mulher gestante a simples "meio", fere o princípio da dignidade humana, o qual nenhum ser humano, nem o próprio, pode alienar<sup>96</sup>. Por esta razão, qualquer contrato de gestação é nulo por, de acordo com o art. 280º, n.º 2, do CC, violar os bons costumes e a ordem pública.

Vera Lúcia Raposo<sup>97</sup> rebate a nulidade do contrato alegando que a contratação de um serviço reprodutivo, livremente celebrado por ambas as partes, não viola os bons costumes e a ordem pública pois se o problema é o facto de envolver um ser humano, que dizer de outros serviços que também o fazem (como o caso das *babysitters*) e que, contudo, não é posta em causa a validade jurídica destes contratos. A autora frisa que o que se contrata é tão-só um "serviço", neste caso de gestação, tal como faz uma faculdade que contrata um professor (e a sua

---

<sup>92</sup>RAPOSO, Vera Lúcia, "Quando a cegonha...", *ob. cit.*, pp 27.

<sup>93</sup>Sobre este caso, *vide* In re Baby M, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988) em [http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/.../In\\_re\\_baby\\_M.pdf](http://wps.prenhall.com/wps/media/objects/.../In_re_baby_M.pdf).

<sup>94</sup>RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.*, pp 48-49.

<sup>95</sup>Posição defendida por MADANAMOOHOO, Allane, "Surrogacy in France...", *ob. cit.*, p. 154.

<sup>96</sup>Cfr. OTERO, Paulo, "A dimensão...", *ob. cit.*, p. 85 e PATTO, Pedro Vaz, "Maternidade de substituição...", *ob. cit.*, pp 37-38.

<sup>97</sup>RAPOSO, Vera Lúcia, "Quando a cegonha...", *ob. cit.*, p. 26.

capacidade intelectual). Todavia, segundo Guilherme de Oliveira<sup>98</sup>, crítico acérrimo da maternidade de substituição, a gestação para outrem não é um serviço qualquer, pois "pelo que tem de íntimo na nossa cultura, dificilmente pode ser objecto de uma troca contratual por dinheiro. Quanto ao pagamento da renúncia da mulher geradora (...) ela não é menos discutível (...) [pois] não se passa a ser mãe ou deixa de ser mãe por força de um contrato." As razões jurídicas da invalidade dos contratos de gestação, apresentadas inclusive pelo autor, serão desenvolvidas com maior pormenor no capítulo seguinte.

O argumento da instrumentalização quer da grávida, quer da criança, apresentado pelos opositores da maternidade de substituição, é consistente, talvez o mais sólido dos argumentos apresentados. A questão é saber se o princípio da dignidade humana é, de facto, violado com a maternidade de substituição e até que ponto este princípio não terá também ele que "aceitar" ser comprimido em prol de outros princípios constitucionais de igual valor, como o direito a "constituir família".

##### *5. A exploração da pobreza e desequilíbrio da capacidade negocial*

Um dos argumentos vulgarmente utilizados contra a aceitação de um contrato de gestação válido é o de que as mulheres pobres serão exploradas economicamente pelos casais de receção, normalmente mais abastados.

Há a ideia corrente, quer na doutrina, quer no imaginário de toda a sociedade, que geralmente a mãe de gestação apenas se submete à prática da gestação para outrem por dificuldades económicas, por desespero em "pôr comida na mesa" para a sua família. São, portanto, apenas as mulheres pobres e pouco instruídas que se voluntariam a ser inseminadas para gerar um filho para um casal estéril<sup>99</sup>, sendo estas equiparadas a escravas ou prostitutas<sup>100</sup>.

Contudo, à maternidade de substituição nem sempre está associado um pagamento, existindo casos em que a mãe de gestação não é paga por fazer a gestação (maternidade de substituição gratuita), sendo apenas pagas as despesas médicas que é, diga-se, o mínimo... As razões para uma mulher se submeter a transportar o filho de outrem podem ser várias, variando entre a

---

<sup>98</sup>OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, pp 26-27.

<sup>99</sup>Para Guilherme de Oliveira esta é uma ideia plausível, sendo que à mulher que gera a criança apenas cabe 25% do custo bruto da operação. OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, pp 27-28. Os restantes 75 % serão, talvez, repartidos pelas despesas médicas e para pagar os "intermediários" da operação.

<sup>100</sup>Este entendimento é desenvolvido por PATTO, Pedro Vaz em "Maternidade de substituição...", *ob. cit.*, pp. 35- 36. Diz ainda o autor que não é por acaso que o fenómeno da maternidade de substituição se desenvolve na Índia, onde as mulheres se sujeitam a um controlo intrusivo do seu corpo a preços muito baixos. Sobre as diferenças de valor pagas na Índia e na Califórnia, ver ainda MADANAMOOTHO, Allane, "Surrogacy in France...", *ob. cit.*, p. 154.

ambição de arrecadar algum dinheiro a razões mais altruístas e humanitárias<sup>101</sup>, sendo estas até preponderantes<sup>102</sup>.

Interligada com a questão da pobreza e baixa instrução da mulher gestante está a ideia de que existe uma profunda desigualdade de posições entre as partes no contrato, em claro desfavor da gestante, a parte mais explorada em todo o processo<sup>103</sup>. Porém, nem sempre é o casal de receção que tem a supremacia em toda a operação. Muitas vezes a mãe de gestação aproveita-se da fragilidade do casal de receção para lhes extorquir mais dinheiro em troca da criança<sup>104</sup>. Após uma leitura cuidada destes argumentos chega-se à conclusão que estes são muito limitados para, só através deles, se justificar a proibição da maternidade de substituição. Além de não reunirem, nem de perto nem de longe, consenso junto da doutrina, são argumentos um pouco "forçados" e sem qualquer comprovação científica da sua veracidade.

#### 6. A ligação mãe-feto e as implicações da maternidade de substituição nas relações familiares

Este é um argumento muito apreciado tanto pelos defensores como pelos opositores da maternidade de substituição. Os defensores, para defenderem que a ligação genética se sobrepõe à ligação afetiva que porventura haja, sendo a mãe de gestação apenas a prestadora de um "serviço" e os opositores para realçar que nove meses não passam num "piscar de olhos" e que o "serviço" que a mulher gestante presta envolve muito mais que as usuais prestações de serviço, devido à carga emocional, aos laços afetivos que unem gestante e nascituro e que não se podem simplesmente esquecer<sup>105</sup>.

Na verdade, só quem nunca passou por uma gravidez é que desconhece a ligação, cumplicidade e carinho que se estabelecem entre a mãe gestante e o nascituro. Para além deste

---

<sup>101</sup> H. Vilaça Ramos contesta esta ideia. Para o autor, relativamente aos casos em que a gestante não tem relações familiares com a mãe de receção, "é um mito admitir-se que a maternidade de substituição é feita a título altruísta. Não só a mulher comercializa o seu corpo, como pelas suas dificuldades materiais a opção não é livre." RAMOS, H. Vilaça, *Maternidade de substituição...*, *ob. cit.*, p. 155.

<sup>102</sup> É a conclusão a que chega Helena Ragoné, após ter entrevistado uma série de mães de gestação. Já para o casal de receção, a relação com a mãe de gestação mais não é que um mero contrato. Cfr. RAGONÉ, Helena, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart*, 1994, pp 80, *apud* RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.* p. 54 (nota 67).

<sup>103</sup> Ideia defendida por PATTO, Pedro Vaz no seu "Maternidade de substituição...", *ob. cit.*, p. 36.

<sup>104</sup> Posição defendida por RAPOSO, Vera Lúcia em "Quando a cegonha...", *ob. cit.*, p. 26. Para a autora, também nos outros contratos que são celebrados existem muitas vezes desigualdades entre as partes e não é por isso que eles são proibidos. Também em *De mãe...*, *ob. cit.*, pp 89-90, a autora desenvolve esta ideia, advogando que é preciso proteger o casal de receção através da legalização dos contratos de gestação.

<sup>105</sup> Perspetiva contrária tem DUARTE, Tiago, *In vitro...*, *ob. cit.*, pp 71-72, para quem é mais determinante para o futuro do novo ser a informação genética fornecida pela dadora do óvulo (que pode ser a mãe de receção, uma terceira ou a mãe de gestação. Normalmente, como já foi referido, é a primeira).

facto, existem ainda numerosos estudos<sup>106</sup> que têm por objeto observar as consequências da ligação intrauterina no novo ser, verificar se a ligação com uma certa e determinada gestante influencia a criança, ligações essas que ultrapassem os laços afetivos. Referimo-nos às influências biológicas (e até psicológicas) que se estabelecem entre a mulher e o feto, em que, por exemplo, as hormonas da mulher gestante poderão marcar o desenvolvimento corporal do novo ser, sobretudo o seu condicionamento epigenético<sup>107</sup>. Mas também acontece o inverso, em que as células estaminais do feto vão colonizar o organismo da mãe<sup>108</sup>. O Relatório sobre PMA e gravidez de substituição do CNECV<sup>109</sup>, consciente da importância desta ligação, enfatiza todas as consequências que advêm da ligação do feto a um útero em específico. Segundo o relatório, a implantação do óvulo no útero reveste muita importância para o futuro do novo ser e o recém-nascido não é a mesma pessoa se for gerado num ou outro útero porque mulher grávida altera "a expressão genética de cada embrião", reprograma-lhe os genes. Acrescenta ainda que "uma grávida não é uma incubadora, uma máquina inerte. Não é um contentor fetal". Sobre a preponderância da ligação entre a grávida e o feto, e mesmo da inter-relação hormonal entre eles, em relação à informação genética transportada pelo óvulo, não existem ainda conclusões inequívocas.

---

<sup>106</sup> De entre os estudos existentes, destaca-se VAN DEN BERGH, B.R.H.; MULDER, E. J.H.; V&ERA, G.H.A.; POELMANN-WEESJESA, G.; BEKEDAM, D. J.; PRECHTLB, H.F.R., "The effect of (induced) maternal emotions on fetal behaviour: a controlled study", in *Early Human Development*, Ireland, Elsevier, 1989, n.º 19, pp 9-19. Este estudo demonstra, a p. 16, que as emoções maternas não afetam o estado comportamental nem a atividade motora do feto. Por outro lado, já existe correlação afetiva entre o estado de ansiedade elevado da grávida e a atividade motora do feto. Com resultados científicos diferentes, DEL GIUDICE, Marco, "Fetal programming by maternal stress: Insights from a conflict perspective", in *Psychoneuroendocrinology*, Canadá, Elsevier, 2012, n.º 37, pp 1614-1629. Segundo o autor, p. 1614, "Maternal stress during pregnancy has pervasive effects on the offspring's physiology and behavior, including the development of anxious, reactive temperament and increased stress responsivity". Sobre a importância da voz materna para o feto, ver VOEGTLINEA, Kristin M.; COSTIGANB, Kathleen A.; PATERA, Heather A.; DI PIETRO, Janet A.; "Near-term fetal response to maternal spoken voice", in *Infant Behavior and Development*, Netherlands, Elsevier, 2013, junho de 2013, pp 526-533.

<sup>107</sup> Existem duas hipóteses relativamente ao papel da genética na determinação dos caracteres individuais: o preformismo e a epigénese. O preformismo é a tese segundo a qual o desenvolvimento individual prossegue um rumo predeterminado, em virtude da programação inscrita no código genético. A epigénese é a tese segundo a qual o desenvolvimento do indivíduo se processa através da ação recíproca estabelecida entre a genética e o ambiente. Sustenta, portanto, que os genes não são exclusivos na determinação das características do ser humano. Pesquisado em [psicologiab-jml.blogspot.com/2011/11/preformismo-e-epigenese.html](http://psicologiab-jml.blogspot.com/2011/11/preformismo-e-epigenese.html).

<sup>108</sup> O argumento que se está a desenvolver é defendido por RAMOS, H. Vilaça, "Maternidade de substituição...", *ob. cit.*, p. 145. Também VARELA, Antunes, "A inseminação artificial...", *ob. cit.*, p. 67 (nota 24), refere a importância da vida intrauterina e como o "serviço" que a grávida presta se distingue da mera dação de esperma ou de ovócitos. A importância da ligação mãe-feto é ainda evidenciada na primeira das treze condições que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) apresentaram no seu parecer n.º 63, de março de 2013, em que este Conselho se pronuncia favorável à maternidade de substituição. OTERO, Paulo, "A dimensão...", *ob. cit.*, p. 83 (nota 2).

<sup>109</sup> SILVA, Miguel Oliveira da, "Relatório Sobre...", *ob. cit.*, pp 29-30.

Como se pôde verificar, os estudos, a este nível, não são inteiramente consensuais. Acreditamos que talvez ambos tenham importantes implicações para o nascituro e que a preponderância vai ser decidida não por estudos científicos mas sim pela sociedade, dependendo de qual ela considerar ter maior capacidade de determinar a identidade no ser humano, se a genética se a vida intrauterina.

Mas a gravidez ou maternidade de substituição não tem só consequências ao nível da vida intrauterina. Há um acervo de problemas psicológicos, éticos e emocionais em todos os intervenientes, nomeadamente na grávida, no casal de receção, na criança, nos filhos e marido que hipoteticamente a grávida tenha<sup>110</sup>, ao ponto de se questionar se o meio que se quer adotar justifica os fins.

Analisando em concreto cada um dos intervenientes, cumpre-nos referir que em relação à criança, como efeitos nefastos salientam-se o sentimento de abandono que porventura ela venha a sentir ao longo da sua vida, por não ter contacto com a mãe de gestação e também a confusão em termos do estabelecimento da sua parentalidade<sup>111</sup>. Na mulher gestante, os danos físicos, mas sobretudo psicológicos e morais desta gravidez atípica<sup>112</sup>. Também os filhos e marido da mãe de gestação sofrem com a instabilidade na vida familiar e com o medo de serem também eles abandonados. Quanto ao casal de receção, destaca-se o desgaste emocional que normalmente sentem no final de todo este processo, sempre com receio que a gestante não lhes entregue o filho, e também por saberem que, mais cedo ou mais tarde, vão ter que confrontar, ou serem confrontados pelo "filho" com a verdade sobre as condições que rodearam o seu nascimento.

Contudo, todas estas consequências podem não passar de meras suposições. Alguns autores portugueses alertam que os estudos científicos não são concludentes<sup>113</sup> e que se houver uma preparação cuidadosa a nível psicológico e médico de todos os intervenientes assim como uma preocupação em facultar informação clara e precisa para servir de base a uma decisão livre e esclarecida, os efeitos serão minimizados ou mesmo inexistentes.

---

<sup>110</sup> Sobre este aspeto, *vide*, RAMOS, H. Vilaça Ramos, “Maternidade de substituição...”, *ob. cit.*, pp 150 e ss.

<sup>111</sup> MADANAMOOHOO, Allane, desenvolve esta questão no seu “Surrogacy in France...”, *ob. cit.*, p. 153.

<sup>112</sup> É a conclusão a que chega PATTO, Pedro Vaz, “Maternidade de substituição...”, *ob. cit.*, p. 39.

<sup>113</sup> Sobre este assunto, veja-se BARROS, Alberto, “Barrigas de aluguer”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2012, n.º 88, Março de 2012, p. 25 e SILVA, Miguel Oliveira da, “Relatório Sobre...”, *ob. cit.*, p. 34.

## CAP V

### *O estabelecimento da filiação na maternidade de substituição, de iure constituendo*

#### *1. Estabelecimento da maternidade*

Apesar da expressa proibição legal da maternidade de substituição, não raras vezes questionamo-nos: e se esta viesse a existir? A mulher grávida é a pessoa que fará a gestação, durante longo período de tempo, do embrião até ao seu nascimento e, provavelmente, neste período muitos acontecimentos podem alterar o estado anímico da gestante, a ponto de ela desistir de entregar a criança logo após o seu nascimento ao casal de receção, independentemente da procedência do óvulo e do espermatozoide que serviram para a conceção. Embora em Portugal não seja conhecido nenhum caso concreto de maternidade de substituição, a existência de uma gestação para outrem irá certamente levantar debates doutrinários acesos sobre a quem deverá ser entregue a criança e quem é, para todos os efeitos, a mãe jurídica dela (e, concomitantemente o pai), razão pela qual desenvolveremos neste ponto o entendimento da doutrina sobre o estabelecimento da filiação na maternidade de substituição.

As razões para que muitos casais arrisquem tanto na demanda por um filho através do processo da maternidade de substituição já foram sumamente referidas, e um desses riscos é, sem dúvida, a possibilidade de que a mãe de substituição venha, no decurso das 40 semanas de gestação, a arrepender-se de cumprir o contrato gestativo e entregar a criança ao casal de receção, o que vai iniciar a contenda. A favor dela tem a lei, ou seja, o art. 8º da LPMA, que está de acordo com o regime geral do estabelecimento da maternidade, nos termos do art. 1796º, n.º 1, 1ª parte, do CC e que preceitua que a mulher que suportar a gravidez é havida como a mãe da criança.

Tanto a solução legal do art. 8º, da LPMA como a do art. 1796º, n.º 1, do CC, como se verá, são muito criticadas pela doutrina. Este último artigo, talvez por ingenuidade do legislador, que não vislumbrou que algum dia pudesse haver uma bifurcação entre maternidade genética e gestacional ou uterina. Todavia, este facto é cada vez mais frequente nos casos de maternidade de substituição, estando a crescer o número de maternidades de substituição puramente gestacionais, ou seja, aquelas em que a mãe de substituição apenas gera no seu ventre a criança, não tendo dado qualquer contributo genético inicial.

Perguntamo-nos então: a quem deverá ser atribuída a criança? A quem tem ligação genética/biológica com o novo ser (maternidade genética)? A quem o gerou no seu ventre durante nove meses (maternidade gestacional)? Ou ainda, a quem o desejou e pretende criar

com muito carinho embora não tenha fornecido qualquer contributo genético ou gestativo (maternidade social)? De *iure constituto*, já vimos, o Direito dá prioridade à mãe de gestação sobre a genitora. E a nível doutrinal?

Paula Martinho da Silva defende que nunca se poderá ou deverá atribuir emocionalmente a maternidade e paternidade a uma criança, ou seja, a ideia de que "quem cria é que é o pai/mãe" é errada "pois correr-se-ia o risco de desorganização e do desrespeito total pelo conjunto de regras de estabelecimento da filiação previamente determinadas"<sup>114</sup>. É entendimento consensual<sup>115</sup> de que a mera "mãe social", que não tem qualquer ligação biológica com a criança, por muito boas que sejam as suas intenções relativamente ao novo ser, nunca poderá ser a mãe. Os filhos, se gerados por terceira mulher, nunca são filhos do casal de receção, mesmo que os gâmetas sejam do cônjuge homem.

A "luta" pela determinação da filiação será, deste modo, entre a mãe genética, quando esta é a mulher que pretende a criança, e a mãe gestante, quando esta não é simultaneamente a mãe genética, já que quando a mulher gestante também contribuiu com o óvulo, não se oferecem grandes dúvidas. Deste modo, e reformulando a questão, o que deve ter preponderância? Genes ou vida intrauterina?

Muitos são os autores<sup>116</sup> que optam por considerar a "mãe" da criança o elemento feminino do casal de receção quando tenha sido esta a fornecer o óvulo, tendo o embrião sido posteriormente implantado através de FIV no útero da mãe de gestação. Leem no artigo 1801º, e mesmo no art. 1796º, n.º 1, 1ª parte, do CC, uma preponderância dada pelo legislador ao critério biológico ou genético, o qual acreditam ajustar-se melhor ao interesse da criança, pois os pais genéticos tenderão a ser progenitores com melhor desempenho<sup>117</sup>. Duarte Pinheiro alerta mesmo que "atribuir à mãe portadora a qualidade legal de mãe pode representar um fator de criação de uma situação de risco para a criança, dada a escassa motivação da mãe forçada para a prestação de cuidados parentais"<sup>118</sup>. Mas o autor também destaca os laivos que existem no nosso Código Civil em defesa de critérios de determinação

---

<sup>114</sup> SILVA, Paula Martinho da, *A procriação artificial - aspetos jurídicos*, Lisboa, Moraes, 1986, p. 75.

<sup>115</sup> V. g. ASCENSÃO, Oliveira, "Procriação...", *ob. cit.*, p. 667.

<sup>116</sup> Entre eles, ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 37 e DUARTE, Tiago, *In Vitro...*, *ob. cit.*, p. 72.

<sup>117</sup> É esta posição de PINHEIRO, Duarte, *O direito...*, *ob. cit.*, p. 277 que questiona a solução legal do art. 8º, da LPMA, nomeadamente quando a mãe de receção é também a mãe genética. Não será melhor para a criança ficar com quem a desejou e com ela tem uma ligação genética? Questiona o autor.

<sup>118</sup> PINHEIRO, Duarte, *O direito...*, *ob. cit.*, p. 278. Também ASCENSÃO, Oliveira, "Procriação...", *ob. cit.*, p. 669, adverte que a gestante apenas fornece um serviço de gestação e que não se pode condenar o novo ser a viver com quem não tem qualquer interesse por ele. A atual atribuição legal da maternidade é uma sanção que não olha ao interesse da criança.



da paternidade que não os biológicos, v. g., o art. 1839º, n.º 3. É que muitas vezes o interesse da criança não se funda na ligação biológica, mas na estabilidade familiar. Posição mais convicta relativamente ao assunto tem Oliveira Ascensão<sup>119</sup>. Para o jurista, a mera gestante não poderá nunca ser considerada a mãe da criança porque não tem ligação biológica com o novo ser, assim como a mera dadora de ovócitos também não poderá ser a mãe, embora tenha ligação biológica com o novo ser. A ambas falta um projeto de maternidade e a ser assim, “mãe” há de ser aquela mulher que além de ter um projeto de maternidade é também a mãe biológica da criança, discordando prontamente com a solução legal da LPMA. É relativamente à mãe biológica que se hão de aplicar as regras referentes ao incesto e impedimentos matrimoniais. Também Vera Lúcia Raposo<sup>120</sup> opta claramente pela ligação biológica entre a criança e a mãe de receção em detrimento do parto. Entendendo Francisco Aguiar<sup>121</sup> que a filiação natural está perfeitamente densificada na Constituição, o autor aponta como inconstitucional o art. 1796º, n.º 1, 1ª parte, do CC, quando exista dicotomia entre maternidade biológica e uterina, pois o critério que deve imperar é o da verdade biológica, em respeito pelo princípio da dignidade humana. Com fundamento bastante diferente mas na mesma linha de pensamento, Nogueira da Gama<sup>122</sup> é da opinião de que o momento determinante para o estabelecimento da maternidade é a conceção, em que o pressuposto fundamental é a “vontade” da mãe de receção em procriar. Entendimento diferente têm Guilherme de Oliveira<sup>123</sup>, Paula Martinho da Silva<sup>124</sup> e Antunes Varela<sup>125</sup> para quem “mãe” é aquela que “dá à luz”, conforme plasmado no art. 1796º, n.º 1, 1ª parte. Esta é a solução mais simples pois a sua identidade é segura e fácil de verificar. Acresce que as 40 semanas de gestação que permitiram estabelecer uma forte ligação emocional (e não só) entre o feto e a mãe de gestação têm também uma importância crucial.

<sup>119</sup> ASCENSÃO, Oliveira, “A Lei n.º 32/06...”, *ob. cit.*, pp 24-25. O autor chega à seguinte conclusão: se o óvulo é da mãe de receção esta é a mãe, se é da gestante esta é a mãe mas se é de uma terceira dadora, o novo ser não tem mãe. Pode ter três mães e não ter nenhuma mãe. Também no seu “Procriação...”, *ob. cit.*, p. 668 e no seu “Direito...”, *ob. cit.*, p. 457 reafirma a supremacia da mãe biológica sobre a mera gestante ou portadora, devendo a gestação ceder ao critério biológico. A mãe genética e social é a mãe, não por força de um contrato, mas sim porque a gestação/parto não é o verdadeiro determinante da maternidade.

<sup>120</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.*, p. 117.

<sup>121</sup> AGUILAR, Francisco, “O princípio da dignidade...”, *ob. cit.*, p. 684.

<sup>122</sup> GAMA, Nogueira, *A Nova Filiação...*, *ob. cit.*, p. 749.

<sup>123</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, pp 70 e 99. Porém, diz ainda o autor que com o aumento das mães sociais, que são também em concomitância genéticas, vai ser mais difícil manter o parto como critério incontestável da maternidade. Estas mulheres irão exigir o reconhecimento da sua ligação biológica e não mais aceitarão ter de recorrer a um processo de adoção quando acreditam serem elas as verdadeiras mães (p. 76).

<sup>124</sup> SILVA, Paula Martinho da, *A procriação...*, *ob. cit.*, p. 79.

<sup>125</sup> VARELA, Antunes, “A inseminação artificial...”, *ob. cit.*, p. 68.

Com solução doutrinal muito diferente e mais consensual afigura-se a situação em que a mãe de gestação, a mulher que gera no seu ventre um bebé para outrem, é simultaneamente a dadora do óvulo. É indubitável que neste caso ela é a mãe jurídica pois a sua maternidade é completa e vínculos de família não são objeto de negócios jurídicos, aplicando-se sem qualquer dúvida o art. 1796º, n.º 1, 1ª parte<sup>126</sup>.

Como se verificou, a maternidade de substituição trouxe muita complexidade, indefinição e até confusão ao processo de estabelecimento da maternidade, funcionando este aspeto como um importante argumento contra a admissibilidade da prática em estudo.

## *2. Estabelecimento da paternidade*

As implicações da maternidade de substituição na determinação da paternidade são também muito relevantes, pois quando existem indefinições ao nível da atribuição jurídica da maternidade existem também, por consequência, indefinições ao nível da paternidade. A determinação da maternidade e da paternidade de uma criança é um imperativo constitucional, razão pela qual se fará uma breve passagem pela questão da determinação da paternidade na maternidade de substituição.

Já se apresentou nesta dissertação, de forma desenvolvida, o entendimento do legislador quanto à determinação da paternidade tanto no Código Civil como na LPMA. Porém, far-se-á agora menção a esta questão em sede de maternidade de substituição. Normalmente, no âmbito desta prática, os gametas masculinos são fornecidos ou por um terceiro dador ou, caso muito mais frequente, pelo elemento masculino do casal de receção já que é muito pouco provável que ambos os elementos do casal sofram de infertilidade. A solução quanto à paternidade vai depender, em larga escala, da atribuição da maternidade. Dado que a maternidade jurídica é, de acordo com os ditames da nossa lei, atribuída à mulher que faz a gestação e "dá à luz", se esta for casada cai sobre o seu marido uma presunção de paternidade, nos termos do art. 1796º, n.º 2 e 1826º, n.º 1, do CC. De acordo com o art. 1832º, a mulher gestante tem a faculdade de declarar, aquando do nascimento, que o marido não é o pai da criança. Caso não o faça, das duas uma: se o marido da mãe de gestação tiver dado o consentimento para a inseminação cai sobre ele a presunção atípica<sup>127</sup> dos arts. 14º e 20º da LPMA e, nos termos do art. 1839º, n.º 3, do CC ele perde a possibilidade de impugnar a paternidade. Se não tiver dado o seu consentimento, poderá intentar uma ação de impugnação

---

<sup>126</sup> Defendem esta posição, entre outros, ASCENSÃO, Oliveira, "Direito...", *ob. cit.*, p. 456, RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.*, p. 130 e ss e DUARTE, Tiago, *In Vitro...*, *ob. cit.*, p. 86.

<sup>127</sup> A autoria da expressão é de PINHEIRO, Jorge Duarte, "A necessidade da Lei...", *ob. cit.*, p. 213. O autor mostra-se muito crítico face à solução legal da LPMA relativamente à maternidade e também à solução pouco clara quanto à paternidade.

de paternidade, nos termos do art. 20º, n.º 5, da LPMA, provando que não deu o seu consentimento para a inseminação, dado que a presunção de paternidade recai sobre o consentimento.

O elemento masculino do casal de receção teria aqui a sua oportunidade, caso tenha contribuído com os seus gâmetas para o processo reprodutivo, de reconhecer voluntariamente a criança como seu filho (arts. 1849º e ss). É verdade que ele é, à primeira vista, um mero dador e de que assim sendo a paternidade não lhe poderá ser atribuída (art. 21º da LPMA) mas, do mesmo modo que a mãe de receção quando dá o óvulo não é uma mera dadora, ele também não é um dador qualquer, pois nem é anónimo, tendo contribuído com gâmetas para uma situação determinada, nem tem uma atitude desinteressada face à criança que virá a nascer. Ele construiu, juntamente com a sua esposa, um projeto de parentalidade, embora não reconhecido pela lei.

Caso os gâmetas tenham sido fornecidos por um terceiro dador anónimo o novo ser não tem pai, pelo que só por adoção lhe pode ser atribuída a paternidade<sup>128</sup>.

Pode-se concluir, após esta breve exposição, que embora não seja de forma automática, a lei portuguesa parece favorecer muito mais a determinação da paternidade genética do que a da maternidade, demonstrando que a imagem "santificada" ou cristianizada do parto é, aos olhos da sociedade, ainda o fator determinante da maternidade.

### 3. *A regulação da responsabilidade parental*

Já foi amplamente analisado nesta dissertação a quem é atribuída legalmente a maternidade e a quem é atribuída a paternidade e as posições doutrinárias pouco consensuais a este respeito. Mas se as partes no acordo pretenderem mesmo assim cumprir com a palavra dada, quais são as saídas jurídicas que existem para os intervenientes? Uma das hipóteses é a mãe de gestação abandonar a criança à nascença ou dá-la posteriormente para adoção, possibilitando, caso sejam casados, a adoção plena pelo casal de receção. Uma segunda hipótese é um deles adotar a criança, se não forem casados. Por fim, há ainda uma terceira solução que é o pai biológico, elemento masculino do casal, perfilhar a criança, adotando-a o outro cônjuge<sup>129</sup>. Não era este, porém, o desejo inicial do casal. Ambos desejavam automaticamente serem considerados pais. Todavia, para concretizar este desejo seria necessário defraudar a lei, falsificando a

---

<sup>128</sup> Cfr. PINHEIRO, Duarte, "Mãe portadora...", *ob. cit.*, p. 340 e ss, que desenvolve pormenorizadamente a problemática da determinação da paternidade na maternidade de substituição. Segundo ainda o autor, na PMA o critério geral de atribuição da paternidade é o volitivo, a "vontade" demonstrada através do consentimento e já não o biológico.

<sup>129</sup> Em harmonia com SILVA, Paula Martinho da, *A procriação...*, *ob. cit.*, p. 78.

declaração de maternidade o que, diga-se, com os meios técnicos de hoje em dia, não seria tarefa fácil. Assim sendo, juridicamente a mãe de receção só teria a possibilidade de adotar.

Porém, as contendas entre o casal de receção e a mãe de gestação, embora sejam pouco frequentes, pela mediatização que suscitam têm merecido mais atenção por parte da doutrina. A maioria dos conflitos na maternidade de substituição surgem porque a mãe de gestação decide não entregar o filho, mas o oposto também pode acontecer, o casal pode arrepender-se e decidir não ficar com a criança, ou um deles falecer, ou divorciarem-se, razão pela qual o sistema jurídico e judicial tem de estar preparado para responder de forma célere e categórica a estas situações.

Com a determinação legal da maternidade e da paternidade constituída, os tribunais limitam-se a atribuir a responsabilidade parental à mãe de gestação. Caso tenha havido impugnação da paternidade pelo marido da gestante e perfilhação pelo elemento masculino do casal de receção, é a este que também é atribuído a responsabilidade parental. Este homem vê-se assim com a guarda partilhada de uma criança com uma mulher com quem não tem, nem teve qualquer ligação afetiva ou nem sequer meramente sexual. Com esta solução é duvidoso que se faça justiça para as partes e principalmente para o menor, cujo interesse não parece ser atendido.

#### *4. Os contratos de gestação*

##### *a. Introdução*

A prática da maternidade de substituição tem normalmente associada a si um contrato, mais ou menos formal, de onde resultam direitos e obrigações para as partes, nomeadamente para a mãe de gestação e seu marido, por um lado, e para o casal de receção, por outro. Garante-se assim que todos os intervenientes têm conhecimento dos seus direitos e das suas obrigações antes, durante e após o período de gestação da criança, configurando-se como um meio de garantia e de segurança para os intervenientes do negócio.

Do ponto de vista jurídico, como já se observou, a mulher que gera e tem o parto é a mãe do novo ser - esta é a regra do art. 1796º, n.º 1, 1ª parte, do CC e também a do art. 8º, n.º 3, da LPMA, e os contratos de gestação são nulos, nos termos do artº 8º, n.º 1, da LPMA. Mas, e se ainda não tivéssemos uma lei expressa, em que argumentos jurídicos nos poderíamos basear para considerar válido ou inválido um contrato de gestação? Neste caso, a mãe jurídica (a que faz a gestação) poderia obrigar-se, por um contrato válido, a renunciar ao estatuto de mãe e a entregar o filho, após o seu nascimento, à contraparte do negócio? Ou seja, após o acordo ter sido assinado, a mãe de gestação seria obrigada a entregar a criança depois do parto ou, pelo

contrário, poderia arrepender-se? Foi sem dúvida esta questão que levou, um pouco por todo o mundo, muitos casos a tribunal e que tornou mais visível e mediática a maternidade de substituição. Por vezes, uma das partes arrepende-se e quer voltar atrás, podendo deixar a contraparte do acordo desvalida. Será o contrato um meio válido de determinação da filiação, um critério mais forte do que o biológico? Se sim, as partes não se podem "arrepender" e a contraparte do negócio poderá exigir judicialmente o cumprimento do contrato, de acordo com o art. 817º, do CC. Se não, o contrato não tem qualquer valor, podendo ser incumprido porque daí não resultará qualquer sanção para a parte incumpridora.

Segundo Duarte Pinheiro<sup>130</sup>, nas situações de maternidade de substituição é geralmente celebrado um acordo, escrito, no qual uma das partes (a mãe de gestação) assume perante a outra (casal de receção) três obrigações principais: iniciar e completar a gravidez, entregar ao casal de receção a criança após o seu nascimento e ainda reconhecer a mãe de receção como mãe jurídica, renunciando aos seus poderes de mãe sobre o menor. A mãe de gestação também poderá ter ficado vinculada a certos deveres laterais de conduta durante a gravidez, como sejam, a abstenção de consumo de álcool, droga, prática de atividades de risco, alimentação, entre outras. O casal de receção, por sua vez, fica vinculado a ficar com a criança assim como a pagar todas as despesas médicas associadas à conceção, gestação e parto, saúde da mulher grávida e do nascituro. Também poderá ficar acordado o pagamento extra de uma quantia à mãe de gestação pelos "inconvenientes" e "desconfortos" da gestação, dando um carácter oneroso ao contrato. Na perspetiva da mãe de gestação o cumprimento do acordo desdobra-se em quatro *items*: conceção ou implantação do embrião, gravidez, parto e entrega da criança com a renúncia das suas responsabilidades parentais<sup>131</sup>.

A fragilidade emocional a que todas as partes no contrato de gestação estão sujeitas exige do legislador especial acuidade e proteção legal específica. Esta razão assim como as que exporemos de seguida levaram muitos autores a levantar a questão se os fins justificam os meios, se não haverá mais inconvenientes do que benefícios para todos os implicados. Se alguma vicissitude da vida acontecer ao casal de receção, quem ficará com a criança? Haverá caducidade do contrato? Haverá um limite de vezes que uma mulher poderá fazer a gestação para outrem? Haverá limite de idade para o casal que recorre a esta prática? Poderá este casal estipular no contrato as situações que poderão levar a uma interrupção da gravidez? Poderão determinar contratualmente a conduta da gestante sem contender com a sua dignidade

---

<sup>130</sup> PINHEIRO, Duarte Pinheiro, *O Direito...*, *ob. cit.*, pp 260-262.

<sup>131</sup> *Ob. cit.*, *loc. cit.*, pp 260-261.

humana? Poderão decidir não ficar com a criança se esta sofrer de malformações? Se a mãe de substituição se arrepender, há lugar a responsabilidade civil? Como se regularão os futuros impedimentos matrimoniais da criança? Paulo Otero, um acérrimo opositor à maternidade de substituição, suscita estas questões relativas à contratualização da maternidade de substituição no seu artigo "A dimensão ética da maternidade de substituição"<sup>132</sup>. Acrescentam ainda outros autores<sup>133</sup>... Quem decide se a grávida pode amamentar? A criança pode conhecer a grávida? É preferível que a mãe de substituição já tenha um filho e não seja economicamente carenciada? Quantas vezes uma mulher poderá fazer a gestação para outrem? As questões podem ser mais que muitas, revelando a grande incerteza que ainda reina no seio desta prática. O contrato terá que ser assim o mais exaustivo e claro possível, prevendo todas estas situações, embora tenha para mim que muitas delas se resolvem com bom senso, atuando da mesma forma que numa gravidez normal. O consentimento das partes tendente ao acordo também terá que ser informado e expresso de forma escrita e clara, com intervenção dos respetivos companheiros ou maridos, o que reveste grande importância, pois terá que ficar claro que, v. g., no que diz respeito ao marido da mulher gestante, este não é o pai e que não presta, portanto, consentimento para a inseminação ou fecundação. Todas as questões que digam respeito ao corpo da grávida terão de ficar sujeitas, em primeiríssimo lugar, à sua livre decisão. Existem sempre questões que, por incapacidade de se prever tudo, não ficarão contempladas no contrato, o que exigirá uma intervenção pronta da lei nesse sentido.

*b. A natureza dos contratos de gestação*

Que tipo de contratos serão os contratos de gestação? Assemelhar-se-ão no seu regime aos restantes contratos do nosso Direito Civil?

Segundo Carlos Mota Pinto, "nos contratos ou negócios jurídicos bilaterais há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. (...) Os contratos bilaterais ou sinalagmáticos geram obrigações para ambas as partes, obrigações ligadas entre si por um nexo de causalidade e corresponsabilidade"<sup>134</sup>. O regime dos contratos assenta nos seguintes princípios fundamentais<sup>135</sup>: princípio da autonomia privada

---

<sup>132</sup> OTERO, Paulo, "A dimensão...", *ob. cit.*, p. 90.

<sup>133</sup> CABO, Ana Isabel, "Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2012, n.º 88, Março de 2012, pp 22-24, p. 23 e SILVA, Miguel Oliveira da, "Relatório Sobre...", *ob. cit.*, p. 33.

<sup>134</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp 385 e 388.

<sup>135</sup> VARELA, Antunes, *Das obrigações...*, Vol. I, pp 226 e ss.

(no qual se insere a liberdade de contratar, liberdade esta que implica uma proibição para as partes, após o negócio estar fechado, de rescindirem unilateralmente o acordo - *pacta sunt servanda*), princípio da confiança (segundo o qual cada contraente deverá responder pelas expectativas que criou na contraparte) e o princípio da justiça comutativa ou da equivalência objetiva (a cada uma das partes corresponde uma prestação de valor sensivelmente equivalente).

Os contratos de gestação são negócios jurídicos bilaterais, sinalagmáticos, que geram obrigações para ambas as partes. Mas poderão estes contratos reger-se pelos princípios fundamentais dos contratos que foram enunciados? Se sim, os contratos de gestação têm a força dos contratos e as partes não poderão desvincular-se unilateralmente, pois se o fizerem poderá ser-lhes atribuída responsabilidade civil. Se não, então que tipo de contratos serão estes?

No cerne desta questão está, sem dúvida, o entendimento do papel da grávida em todo o processo. É ela uma mera prestadora de um serviço ou o serviço gestativo é algo que transcende a vulgar prestação de um trabalho corporal, como por ex., o manual ou intelectual? Qual é o objeto do contrato? A prestação de serviço ou a criança? Para dar resposta a estas questões, far-se-á uma breve incursão por alguns tipos de contrato do regime do Direito Civil nos quais se podem subsumir os contratos reprodutivos.

Será o contrato de maternidade de substituição um contrato de alienação, de compra e venda ou de doação conforme fosse oneroso ou gratuito? Ou será antes um contrato de concessão de gozo, que seria de aluguer ou comodato conforme fosse também celebrado a título oneroso ou gratuito? Segundo Duarte Pinheiro<sup>136</sup>, não é um contrato de alienação de uma criança, pois estes, nos termos dos arts. 874º e ss e 940º e ss, do CC, exigem a transmissão da propriedade de uma coisa ou direito mediante um preço, ou então a disposição gratuita de uma coisa ou direito, e uma criança não é uma “coisa”. Para além de que, nestes contratos a obrigação principal é a entrega da coisa e, no contrato de gestação a principal obrigação é a gestação propriamente dita. Segundo o mesmo autor<sup>137</sup> e Vera Lúcia Raposo<sup>138</sup> também não é um contrato de aluguer (1022º e ss) ou comodato (1129º e ss) de útero dado que além do útero de uma mulher não ser uma “coisa”, o contrato gestativo não se limita à fase da gravidez pois exige a entrega da criança e renúncia ao papel de mãe da gestante, acrescendo que entre esta e o feto se criam vínculos afetivos que ultrapassam em muito a lógica do contrato de aluguer.

---

<sup>136</sup> PINHEIRO, Duarte, *O Direito...*, ob. cit., pp 263-264.

<sup>137</sup> Ob. cit., loc. cit., p. 264.

<sup>138</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, ob. cit., p. 41.

Questiona ainda Vera Raposo, se será um contrato de prestação de serviços (art. 1154º e ss, do CC). Segundo a autora está-se perante este tipo de contrato, pois o que está em causa é o pagamento do tempo e do esforço da mãe de gestação<sup>139</sup>, ou seja, uma mera prestação de serviços embora não seja uma prestação de serviços como outra qualquer, pois o carácter específico do serviço, por aquilo que exige à prestadora, e o carácter tão intimamente pessoal, não o configuram como um serviço igual aos outros. É por esta razão que Duarte Pinheiro<sup>140</sup> qualifica o contrato de gestação como de prestação de serviço "atípico", pois tal como no contrato de prestação de serviços a gestante fica obrigada a entregar ao casal de receção o resultado do seu "trabalho", embora não seja um "trabalho" qualquer.

*c. A admissibilidade dos contratos de gestação a título oneroso e gratuito*

Até à publicação da LPMA em 2006, Portugal não tinha, como já se frisou, uma lei que expressamente se posicionasse em relação à maternidade de substituição e aos contratos de gestação, fosse para os admitir, fosse para os proibir. Contudo, a prática da maternidade de substituição, já desde os inícios dos anos 80 que tinha suscitado a curiosidade académica de inúmeros juristas nacionais, pelo que embora houvesse uma lacuna legislativa relativa à PMA, e mais concretamente à maternidade de substituição, a doutrina nacional tomou posição face aos contratos de gestação, recorrendo aos preceitos e princípios legais em vigor e ainda a argumentos jurídicos e éticos.

Iniciando pelos contratos de gestação a título oneroso, serão estes válidos? A questão dos argumentos jurídicos e éticos já foi debatida no capítulo anterior. Centrar-nos-emos, pois, nos instrumentos técnicos do direito português que permitem dar resposta à questão suscitada.

Segundo Guilherme de Oliveira<sup>141</sup>, um dos primeiros autores que desenvolveu a problemática da (in)validade dos contratos de gestação à luz do ordenamento jurídico português, os contratos de gestação contendem quer com a dignidade da criança que virá a nascer, quer da mulher que faz a gestação uma vez que são tratados como "coisas", "mercadoria" à qual é atribuído um preço, constituindo uma violação ao princípio primordial da nossa Constituição que é o da dignidade humana (art. 1º, da CRP). Um negócio que implica a ofensa deste valor é nulo por violar um princípio de ordem pública (art. 280º, n.º 2, do CC). A ordem pública é, de acordo com Carlos Mota Pinto<sup>142</sup> "o conjunto dos princípios fundamentais, subjacentes ao sistema jurídico, que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que

<sup>139</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, "Quando a cegonha...", *ob. cit.*, p. 26 e *De mãe...*, *ob. cit.*, p. 41.

<sup>140</sup> PINHEIRO, Duarte, *O Direito...*, *ob. cit.*, p. 264.

<sup>141</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, *ob. cit.*, pp 45 e ss.

<sup>142</sup> PINTO, Carlos Mota, *Teoria geral...*, *ob. cit.*, pp 557 e 558.



prevaleçam e que têm uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas". Entra nesta definição o princípio da dignidade humana que, se de facto for violado, inibirá de produzir efeitos todas as convenções privadas, como é o caso dos contratos de gestação.

Sendo o contrato oneroso nulo, restaria ainda colocar a questão se poderia ser sujeito à técnica da redução do art. 292º, do CC, eliminando a parte nula para manter válida a parte não viciada, ou seja, anular-se-iam do contrato todas as cláusulas referentes ao pagamento do "serviço" de gestação prestado pela gestante e o pagamento pela entrega da criança e renúncia dos poderes parentais. Porém, não pode ser dado como certo que a vontade hipotética da mãe de gestação se coadune com um compromisso contratual sem previsão de retribuição, pelo que o contrato seria nulo, o que, nos termos do art. 289º, do CC, implicaria a retroatividade do negócio ao momento em que foi celebrado, implicando a restituição de tudo o que tiver sido prestado.

Assim, sendo os contratos de gestação a título oneroso nulos, resta verificar se os contratos a título gratuito também o serão, até porque a nulidade dos primeiros se funda no art. 280º, n.º 2, do CC, que nos apresenta o conceito indeterminado de "ordem pública", cujo conteúdo não tem contornos bem definidos.

Os contratos de gestação gratuitos<sup>143</sup> são, à partida, melhor aceites pela sociedade e pelo Direito dado que estão arredados deles as cláusulas mais problemáticas que são as que se referem a um pagamento da gestante e do nascituro. Todavia, também estes contratos estão sujeitos a um grande escrutínio pelas normas jurídicas, a começar pelas do Direito da Família. Estes contratos, ao implicarem a entrega de uma criança que virá a nascer e a renúncia das responsabilidades parentais violam o princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores<sup>144</sup>, que é um dos princípios básicos da regulamentação dos estados de família.

Acresce como argumento a favor da invalidade destes contratos, o facto de que a mulher que gera, ao contratar entregar antecipadamente o filho e renunciar ao estatuto de mãe viola o art. 81º, n.º 1, do CC, pois limita de forma voluntária um dos seus direitos de personalidade, o que cumina na nulidade do consentimento dado por violação da "ordem pública", conceito

---

<sup>143</sup> Sobre este assunto ver PINHEIRO, Duarte, *O Direito...*, ob. cit., pp 268 e ss, OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma...*, ob. cit., pp 47 e ss e o seu *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp 787 e ss.

<sup>144</sup> Este princípio significa que os vínculos de filiação se estabelecem apenas através dos modos previstos imperativamente na lei, com exclusão de quaisquer acordos privados através dos quais se pretenda construir vínculos diferentes ou com fundamentos diferentes. COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito...*, ob. cit., p. 54. Na base deste princípio está a ideia da indisponibilidade do estado das pessoas.

indeterminado que, como já se disse, tem contornos indefinidos. Também nos termos do art. 1882º, do CC, está vedado aos pais a possibilidade de renunciar ao poder paternal ou a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do referente à adoção. Portanto, a gestante não poderia, segundo a lei, renunciar ao seu estatuto de mãe em favor de terceiro.

Por fim, também a aplicação analógica do art. 1982º, n.º 3, do CC, permite, de forma clara, demonstrar a invalidade dos contratos gratuitos. Este artigo refere-se ao período de reflexão mínimo que a lei exige aos casais que decidam dar o filho para adoção e que é de 6 semanas. Ora, a mãe de substituição não poderá, à semelhança do casal que dá para adoção uma criança, dar o seu consentimento antecipado antes de findo o período de reflexão de 6 semanas após o nascimento, pelo que os contratos de gestação, porque anteriores mesmo ao nascimento, são inválidos, não produzindo quaisquer efeitos.

Dado isto como assente, conclui-se que, nem os contratos de gestação a título gratuito, nem oneroso são válidos à luz do ordenamento jurídico civilista português, sendo reconhecida à mãe de gestação a possibilidade de não cumprir o contrato, pelo que o casal que contratou um filho não poderá exigir judicialmente o seu cumprimento e ainda menos a execução específica da prestação<sup>145</sup>. Só por adoção, pelo menos no que se refere à maternidade, poderá ser estabelecido o vínculo de filiação entre o menor e o casal de receção.

---

<sup>145</sup> Haverá, mesmo assim, lugar a responsabilidade civil por algum dos intervenientes? Quanto à responsabilidade pré-contratual, ou da culpa *in contrahendo*, mesmo que uma das partes tenha violado os deveres laterais de conduta nas negociações contratuais, a parte lesada não poderá suscitar a ressarcibilidade dos danos sofridos, dado que o futuro contrato seria *contra legem*. Relativamente à responsabilidade contratual, dado que o contrato é nulo, esta é inexistente. Contudo, a mãe de gestação poderá, quando a maternidade jurídica lhe é atribuída, requerer a colaboração nos encargos com a titularidade da responsabilidade parental ao casal de receção, quer o elemento masculino do casal seja o pai biológico quer não seja, pois a situação foi criada por ambas as partes. A responsabilidade civil delitual ou extracontratual, regulada nos arts. 483º e ss, do CC, também não opera visto que lhe falta, para poder ser acionada, o requisito da ilicitude. Na verdade, que direito subjetivo ou disposição legal destinada a proteger os seus interesses terá o casal de receção? E a mãe de gestação? Terão ainda as partes do negócio possibilidade de exigir uma compensação pelo defraudar das suas expectativas, esperanças? Tendo por base na análise a Teoria da Confiança (FRADA, Carneiro da, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004), um dos quatro requisitos cumulativos que este tipo de responsabilidade exige não se verifica, nomeadamente a existência de uma *Tatbestand* justificada. A insensatez das partes na criação de expectativas de um acordo que seria considerado nulo, por ser *contra legem*, não daria a estas a possibilidade de invocar esta tutela. E caso os contratos de gestação venham a ser admitidos? Neste caso, sendo o contrato um critério válido de estabelecimento da maternidade, a maternidade jurídica é atribuída à mãe de receção. As partes estão obrigadas, após a assinatura, a cumprirem pontualmente o contrato, nos termos do art. 406º, do CC. O incumprimento por qualquer das partes, por facto a elas imputável é regulado pelos arts. 798º e ss., do CC, havendo lugar a responsabilidade civil sempre que haja incumprimento. A indemnização comportará não só danos patrimoniais como também os não patrimoniais, nos termos do art. 496º, do CC. (Para maiores desenvolvimentos sobre a responsabilidade contratual, vide VARELA, Antunes, *Das obrigações em geral*, 7ª ed. (rev. e atualizada), Coimbra, Almedina, 1997, Vol. II, pp 91 e ss.

A Lei n.º 32/06, de 26 de julho, clarificou os efeitos jurídicos resultantes da celebração de um contrato de gestação e estabeleceu a nulidade quer dos contratos gratuitos, quer onerosos no seu art. 8º, n.º 1<sup>146</sup>. Apenso a este efeito jurídico obrigacional está a atribuição jurídica da qualidade de mãe à mãe de gestação (n.º 3, do art. 8º).

Os motivos apresentados relativos à invalidade dos contratos de gestação não são unanimemente aceites pela doutrina. Questiona-se se estes contratos não serão válidos quando a mãe de receção é a mãe genética e o pai é o marido desta. Neste caso, toda a panóplia de argumentos apresentados "cairia por terra" pois, para todos os efeitos eles seriam os pais biológicos<sup>147</sup>. Vera Lúcia Raposo<sup>148</sup> ainda acrescenta que os contratos de gestação devem ser vinculativos pois há que defender a relação que o casal de receção estabeleceu com a criança durante a gravidez, não sendo a relação mãe-feto um exclusivo da gestante. Francisco Aguiar<sup>149</sup> suscita ainda uma questão, deveras pertinente. O autor questiona se além da invalidade do contrato de gestação que alguns autores fundamentam com o art. 280º, n.º 2, do CC, também não deveria ser considerado inválido o contrato de doação de óvulo "celebrado" entre a mãe de gestação e a mãe de receção, existente nas situações de maternidade de substituição meramente gestacionais. É que a ser inválido este contrato, por violação também do princípio da tipicidade das fontes de filiação, a mãe de gestação terá de "restituir" à mãe de receção a criança que resultou da fecundação do embrião. Por esta razão, para o jurista os contratos a título gratuito, celebrados entre a mãe de receção, em que esta seja também a mãe genética, e a mãe de gestação deverão ser considerados válidos.

Em suma, mais uma vez se conclui que todas as questões respeitantes à maternidade de substituição não são consensuais, dependendo as soluções jurídicas apresentadas da visão ética e moral de cada autor, denotando-se, porém, que à nossa tradição jurídica repugna que o contrato seja fonte de laços parentais.

---

<sup>146</sup> Aos contratos de gestação onerosos acresce ainda uma sanção criminal, nos termos do art. 39º da LPMA.

<sup>147</sup> Neste sentido, DUARTE, Tiago, *In Vitro...*, *ob. cit.*, p. 88. Também PINHEIRO, Duarte, *O Direito...*, *ob. cit.*, p. 270 defende que os motivos apresentados da invalidade dos contratos não são decisivos. Seja como for, diz ainda o autor, os contratos de gestação serão nulos por implicarem "uma gestação integral necessariamente perturbadora da condição da mulher".

<sup>148</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *De mãe...*, *ob. cit.*, pp 89 e 90.

<sup>149</sup> AGUILAR, Francisco, "O princípio da dignidade...", *ob. cit.*, pp 685 e 686.

## CAP VI

### *Uma nova alteração à LPMA? Os projetos de Lei do BE, PSD e PS*

Em finais de 2011 e no decorrer de 2012 os grupos parlamentares do Bloco de Esquerda (BE), Partido Social Democrata (PSD) e Partido Socialista (PS) apresentaram projetos de lei com propostas que visavam a alteração da Lei 32/06, de 26 de julho, já alterada pela Lei 59/2007 de 04 de setembro, nomeadamente no que concerne à alteração do art. 8º, referente à maternidade de substituição.

Estes projetos de lei assumem na sua quase totalidade o teor da totalidade das propostas que o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) apresentou à Assembleia da República em várias ocasiões, beneficiando assim da reflexão informada deste órgão consultivo<sup>150</sup>.

As propostas constantes dos projetos de lei 122/XII do BE, 138/XII do PSD e 131 e 137/XII do PS implicam alterações em aspetos eticamente relevantes e sensíveis nos seguintes domínios: beneficiários das técnicas de PMA, maternidade de substituição, inseminação heteróloga e transferência de embriões doados por terceiros, período de criopreservação e destino a dar aos embriões criados em PMA. Apenas o que concerne à maternidade de substituição, objeto desta dissertação, será analisado.

O BE, no seu projeto de lei 122/XII de dezembro de 2011, e no que concerne à alteração do art. 8º, da LPMA, defende que a maternidade de substituição, e por inerência a celebração de negócios jurídicos de gestação, deve ser admitida a título gratuito (só se aceitando o pagamento das despesas médicas) e excecional, ou seja, só nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher, podendo o CNPMA, após audição da Ordem dos Médicos (OM), autorizar a celebração de contratos de gestação noutras situações clínicas que o justifiquem. Nestes casos, embora dito de uma forma invertida, a mãe de receção será tida como a mãe da criança que

---

<sup>150</sup> Refere ASCENSÃO, Oliveira, "A Lei n.º 32/06...", *ob. cit.*, p. 30, o seguinte relativamente ao CNPMA: Com a LPMA há a criação do CNPMA, "previsto nos arts. 30 a 33. (...) É constituído por nove membros, cinco escolhidos pela Assembleia da República e quatro pelo Governo (art. 31/2). Lamentamos que seja assim. Emanam todos de entidades políticas e mais, da mesma maioria. Não traduzem a sociedade civil nem entidades independentes, como a Ordem dos Médicos, as Universidades, as Comissões de Ética..."

Uma das críticas que se pode fazer a este Conselho é que ele "duplica as entidades que apreciam projectos de investigação, como acontece com os ensaios clínicos, substituindo Conselhos de Ética e outros órgãos que atualmente têm o encargo de emitir pareceres éticos. Estes poderes são reforçados pelo dever de todas as entidades públicas, *sociais e privadas* prestarem a colaboração solicitada pelo CNPMA (art. 33º).

Particularmente importante é a função [deste Conselho] de "acompanhar a atividade de centros [onde são ministradas as técnicas de PMA, bem como os centros onde são preservados gâmetas e embriões], fiscalizando o cumprimento da presente lei..."

vier a nascer. Este projeto foi, todavia, rejeitado por deliberação parlamentar em 20 de janeiro de 2012.

O PSD, através do seu projeto de lei 138/XII de janeiro de 2012, e no que se refere à maternidade de substituição, também pugna pela admissão da maternidade de substituição a título gratuito (apenas o pagamento das despesas de saúde) quando o elemento feminino do casal não tenha útero. Excecionalmente, o CNPMA, ouvida a OM, pode autorizar a celebração de contratos de gestação em situações clínicas que o justifiquem. Verificadas a totalidade destas condições, a mãe de receção é a mãe da criança.

O grupo parlamentar do PS, nos seus projetos de lei 131/XII, de janeiro de 2012 e 137/XII, também aceita a título gratuito (pagando-se apenas as despesas médicas) os negócios jurídicos de maternidade de substituição nos casos de ausência de útero e de lesão ou doença deste órgão, carecendo estes negócios da autorização prévia do CNPMA após audição da OM. Acrescenta ainda, no seu projeto 131/XII, que esta prática só poder ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso aos gâmetas de pelo menos um dos respetivos beneficiários.

Conclui-se assim que nos projetos de lei em apreciação a maternidade de substituição só é aceite a título gratuito e para situações absolutamente excecionais, com requisitos de admissibilidade estritos, ou seja, praticamente só em situações de incapacidade de fazer a gestação, embora o projeto de lei do PSD e BE permitam, após parecer do CNPMA, a extensão a outros casos médicos. Também os requisitos dos arts. 4º e 6º, da LPMA terão de estar sempre verificados. O projeto de lei do PSD e do PS estão neste momento em apreciação e a aguardarem melhor altura para serem apresentados a debate e votação da Assembleia da República.

A regulamentação da maternidade de substituição erigida com base nestas propostas retira da questão o carácter controverso que por vezes o tema apresenta, embora eventuais riscos e dúvidas ainda subsistam devido à valoração social e simbólica da gravidez e da maternidade que ainda persiste na sociedade<sup>151</sup>.

O CNECV<sup>152</sup>, no seu parecer 63, de março de 2012 manifestou a sua concordância face às propostas apresentadas pelos grupos parlamentares, entre as quais a da admissibilidade dos

---

<sup>151</sup> Parecer 63/CNECV/2012, p. 9. Ainda segundo o Parecer "não estando decisivamente em causa a afetação real e atual de princípios fundamentais, a subsistência daqueles riscos e dúvidas pode ser compensada pelos benefícios substanciais que uma gravidez de substituição legalmente configurada nestes termos pode proporcionar à vida concreta de algumas pessoas."

<sup>152</sup> Portugal foi um dos primeiros países europeus a sentir a necessidade de um comité de bioética a nível nacional. Criado em 1990 e a funcionar junto da Assembleia da República desde 2009, o Conselho Nacional

contratos de maternidade de substituição, verificadas que estejam 13 condições, e das quais se destacam as que se consideram mais importantes:

1. O consentimento pode ser revogado pela gestante de substituição em qualquer momento até ao início do parto. Neste caso, a criança deve ser considerada para todos os efeitos sociais e jurídicos como filha de quem a deu à luz;
2. O contrato entre o casal beneficiário e a gestante de substituição deve incluir disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e de eventual interrupção voluntária da gravidez;
3. A gestante de substituição e o casal beneficiário devem estar informados que a futura criança tem o pleno direito em conhecer as condições em que foi gerada;
4. A gestante de substituição não deve ser simultaneamente dadora de ovócitos na gestação em causa;
5. O contrato sobre a gestação de substituição (celebrado antes da gestação) não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição (tais como condicionamentos na alimentação, vestuário, profissão, vida sexual);
6. O embrião transferido para a gestante de substituição tem como progenitores, pelo menos, um dos elementos do eventual casal de beneficiários.

Depreende-se portanto que a prática da maternidade de substituição, tão arreigadamente contestada no passado, caminha agora para a sua admissibilidade em Portugal, demonstrando que o que é *tabu* ou inaceitável num determinado momento histórico poderá deixar de o ser no momento seguinte.

---

de Ética para as Ciências da Vida é um órgão consultivo independente, que tem por missão analisar os problemas éticos suscitados pelos progressos científicos nos domínios da biologia, da medicina ou da saúde em geral e das ciências da vida. Ao longo de mais de vinte anos de atividade, o CNECV já emitiu mais de 50 pareceres ou documentos de trabalho e organizou vários seminários públicos, além de um encontro luso-brasileiro de bioética, que continua a realizar-se regularmente. Os membros do CNECV participam regularmente em outras atividades nacionais e internacionais no âmbito da bioética. Duas notas principais têm, até agora, caracterizado o CNECV: a sua metodologia transdisciplinar e o seu carácter de órgão independente, meramente consultivo, (<http://www.cnecv.pt/historial>).

## CONCLUSÕES

Atualmente a maternidade de substituição é proibida pelo art. 8º, da LPMA. Uma futura alteração deste artigo implicaria um profundo debate acerca dos valores ou princípios primordiais que estão em jogo na utilização desta prática. Já vimos que um importante argumento a favor da admissibilidade da maternidade de substituição é o direito que todo o ser humano tem a "constituir família", a procriar, seja através de ato sexual natural, seja através das técnicas de procriação assistida e, mais concretamente, da maternidade de substituição. Contudo, este direito não é absoluto, tendo que ceder quando contende com outros princípios constitucionais, como é o caso do princípio da dignidade humana.

Aliada à maternidade de substituição está a ideia de uma hiperinstrumentalização quer da criança quer da mulher que faz a gestação. A ser verdadeiro este argumento, esta prática nunca poderá vir a ser aceite em Portugal, por violação do princípio da dignidade humana. Contudo, não considero existir uma instrumentalização ou “coisificação” quer da criança quer da mãe de gestação na maternidade de substituição. Na verdade, também relativamente às crianças que nascem fruto de ato sexual entre um casal, não é equacionado o seu verdadeiro e concreto interesse, sendo muitas das vezes um meio para atingir fins que lhes são alheios. E julgo que este facto não transtorna, nem repugna ninguém. E será que se deve considerar "interesseiro" um casal que pretende ter filhos, mas não o consegue de forma natural, tendo que, portanto, recorrer à maternidade de substituição, só porque desejam um filho para sua própria felicidade? Será que é isso que vai determinar que a criança vá ser infeliz? A dignidade humana da criança será assim afetada? Não é o que se passa com todas as crianças do mundo? Tenho para mim que o interesse de qualquer filho, de qualquer criança é ter um pai e uma mãe que os ame e que os deseje. Não é, portanto, de aceitar dogmaticamente que as crianças que nascem fruto de um processo de maternidade de substituição tenham a sua dignidade humana violada. Aceitável é já a proibição de qualquer pagamento pelo serviço gestativo, dado que constitui uma ofensa grave à dignidade humana da criança. Do mesmo modo, e relativamente à mãe de substituição, a colocação à disposição de terceiros da sua capacidade reprodutiva e da dádiva de vida e felicidade que pode proporcionar não põe em causa a sua dignidade enquanto pessoa, desde que todos os intervenientes estejam bem informados e conscientes de todo o processo e do que este implica. Assim, e relativamente a este ponto, não existindo uma sobreposição de qualquer outro princípio constitucional face ao direito a procriar, plasmado no art. 36º, n.º 1, da Constituição, não existem razões do foro constitucional que impliquem a proibição da maternidade de substituição.

No cerne da problemática da maternidade de substituição está ainda a escolha da nossa lei pelo parto como critério do estabelecimento da maternidade jurídica, conforme preceituado no art. 1796º, n.º 1, do CC. Questionamo-nos qual terá sido a *ratio legis* do legislador ao definir como critério de atribuição da filiação do lado materno, o parto. Pretendia o legislador enfatizar a ligação biológica/genética? A ligação intrauterina? O projeto de maternidade de um casal ou de uma mulher? Outra qualquer razão? Considero que o legislador tinha em mente a certa e inequívoca ligação genética entre mãe e filho, perfeitamente demonstrável e visível através do parto. Não era só e unicamente a ligação intrauterina que estava a ser protegida com a norma do art. 1796º, n.º 1, do CC, mas sim a incindibilidade, certa até há poucas décadas atrás, entre os genes e o parto. Que o legislador não tenha antevisto a possibilidade de cindibilidade entre maternidade gestacional e genética, é aceitável, mas "fechar os olhos" a esta evidência, atribuindo a maternidade, na maternidade de substituição, impreterivelmente à mulher que "dá à luz" quando o material genético da criança não provém dela, parece-me contraditório. Muito menos quando esta mulher nem sequer desejou ser mãe, não "desenhou" dentro de si um projeto de maternidade. A importância da vida intrauterina é grande mas o seu papel no desenvolvimento quer físico, quer psicológico da criança ainda não está devidamente comprovado pela ciência. Devidamente comprovado está, por sua vez, a influência do material genético fornecido pelos gametas femininos e masculinos na determinação quer da compleição física quer da personalidade da criança. A importância da "geneticidade" na determinação da filiação é defendida pela própria lei, no art. 1801º, do CC. E mesmo que não estivesse, creio que para o comum do ser humano, é a ligação biológica ou genética que tem preponderância. Assim, e atendendo ao já exposto, defendo a admissibilidade da maternidade de substituição nos seguintes termos:

- Aceitação da maternidade de substituição a título gratuito, com a proibição do pagamento de qualquer quantia que extravase o ressarcimento das despesas médicas. Poder-se-á, todavia, questionar a bondade da gestante pelo facto de aceitar um acordo nestes termos, prontificando-se em proporcionar um filho para outrem a troco de "nada". Como já foi anteriormente referido, muitas vezes para a mulher gestante as razões do foro económico não são as razões determinantes na decisão de procriar para outrem.

- Pelo menos um dos elementos do casal tem de ter ligação genética com a criança que virá a nascer, caso contrário, não se vislumbram vantagens relativamente à adoção.

- Quando a mãe genética é simultaneamente o elemento feminino do casal de receção, aquela que doou o seu óvulo para ser fecundado com o esperma do marido, sendo depois o



embrião, através de FIV, transferido para o útero da gestante, deverá, para todos os efeitos, ser considerada a “mãe” da criança. O pai deverá, por consequência, ser o marido desta, ou seja, o elemento masculino do casal. Nestes casos, as partes poderão assinar um contrato entre elas mas não será este que servirá de critério de estabelecimento da filiação. Entendo que, tal como Guilherme de Oliveira, não se passa a ser mãe ou se deixa de ser mãe através de um contrato. Após a assinatura do contrato de gestação, este tem que ser pontualmente cumprido, dando mesmo lugar a responsabilidade civil em caso de incumprimento. Nestes casos a mãe de substituição presta um “serviço” para outrem. É certo que não um “serviço” qualquer dada a sua natureza iminentemente pessoal e afetiva, pelo que os contratos assinados deverão ter uma regulação especial, diferente de qualquer um dos tipos de contratos já existentes. Porque não a elaboração de um contrato-tipo por uma entidade independente, não lucrativa, com a incumbência de supervisionar todo o processo de gestação para outrem? A criança terá sempre direito, de acordo com o art. 26º da CRP, a conhecer a mulher que o deu “à luz”, em cumprimento do direito à identidade pessoal, nos termos do art. 26º, n.º 1, da CRP.

- Quando a mulher gestante seja simultaneamente a mãe genética, deverá ser esta, para todos os efeitos legais, considerada a mãe da criança. A existência de um contrato entre o casal de receção e a mãe de substituição será irrelevante para a determinação da filiação. Este só poderá produzir efeitos depois do cumprimento do requisito do art. 1982º, n.º 3, do CC, que se aplica analogicamente à maternidade de substituição, ou seja, só após o período de reflexão de 6 semanas que se segue ao parto. Terminado o período de reflexão, a mulher gestante terá de decidir se fica com a criança ou se a dá para adoção. O processo de adoção, nestes casos, poderá e deverá ser abreviado. O contrato não tem assim a força vinculativa que caracteriza os demais contratos. É como se este contrato tivesse um carácter suspensivo, sendo assinado muito antes da produção dos seus efeitos. O pai, após o afastamento da presunção de paternidade do marido ou companheiro da gestante, se o houver, será o elemento masculino do casal de receção que forneceu o esperma, não devendo ser tratado pela lei como um dador anónimo. Será a este e à mãe de substituição que, no caso de haver dissidência entre as partes, será atribuída a responsabilidade parental, sendo a criança entregue ao progenitor que melhor satisfaça os interesses da criança, em sede de um processo de regulação paternal.

- Caso o óvulo tenha sido fornecido por uma dadora anónima, o critério de estabelecimento da maternidade deixa de ser tão líquido, razão pela qual deve ser evitado este cenário nos casos de maternidade de substituição. Não sendo mãe a mulher que doou o óvulo, nem a mulher que fez a gestação e "deu à luz", nem a mulher que pretende o filho, o novo ser

parece não ter mãe. Neste caso, a figura do contrato de gestação, funcionando como um processo de adoção pré-natal ou uterina, poderia resolver a questão. Esta solução é, pois, preferível à inexistência de maternidade.

- Todo o processo deverá ser precedido de informação detalhada às partes, com explicação dos prós e contras, avaliação psicológica de todos os intervenientes, concessão de um período de reflexão, avaliação da condição económica da mulher gestante, com o fim de impedir que haja subordinação económica desta para com o casal de receção. Esta já deverá ter sido mãe e, preferencialmente, deverá ter mais que 25 anos.

- Serão proibidas as cláusulas contratuais que imponham à gestante determinada conduta durante a gravidez assim como aquelas que determinem as situações em que haverá recurso à interrupção voluntária da gravidez. Relativamente a este aspeto, a decisão caberá inteiramente à gestante, podendo, nos termos do art. 142º, n.º 1 e), do CP, optar livremente por fazer o aborto até às 10 semanas de gestação.

Assim, e em síntese, considero que a maternidade, ou ser "mãe", é bastante mais do que transportar uma criança durante nove meses no ventre. Também é mais do que simplesmente criar e educar uma criança. O afeto, o carinho e o cuidado são muito importantes, definem a condição de mãe mas por si só não são suficientes. Por muito que amemos uma criança, os laços afetivos que com ela estabelecemos não podem ser o critério de estabelecimento da maternidade. Também não deve ser considerada mãe a mera dadora de gâmetas pois a esta mulher falta o desejo de ser mãe, a criação de um projeto de maternidade. "Mãe" é a mulher que contribui com o seu material genético para o processo reprodutivo, tendo em vista a conceção de uma certa e determinada criança que ela deseja. Defendo, pois, que a ligação genética se deve sobrepor à ligação uterina, quando também exista um projeto de maternidade subjacente.

Desta forma, julgo que uma alteração ao art. 8º da LPMA é imperativo, admitindo-se a maternidade de substituição para aquelas situações em que um casal deseja muito ter filhos mas não consegue pela via natural. Neste caso, e só neste caso, o fim justifica o meio adotado e os benefícios são muito superiores às possíveis desvantagens, assim como o superior interesse da criança, ao ter a possibilidade de pertencer a uma família que a ama, é respeitado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Francisco Manuel Fonseca, "O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp 655-713.

ANSON OLIART, Francisco, *Se fabrican hombres - informe sobre la genetica humana*, Madrid, Ediciones Rialp, 1988.

ARAÚJO, Fernando, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira, "A Lei N.º 32/06 sobre Procriação Medicamente Assistida", [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=30777...](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777...)

"Direito e Bioética", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1991, ano 51, julho de 1991, pp 429-458.

"Procriação assistida e Direito", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, Coimbra, Almedina, 1998, Vol. I, pp 645-676.

BALESTRA, Luigi, "La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese", in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Roma, Giuffré Editore, 2004, novembre-dicembre 2004, pp 1097-1107.

BARROS, Alberto, "Barrigas de aluguer", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2012, n.º 88, Março de 2012, pp 25.

BOULANGER, François, *Droit civil de la famille: aspects comparatifs et internationaux*, Collection Droit Civil, dirigée par Christian Larroumet, Tome II, Paris, Economica, 1997.

BRAZIER, Margaret; CAMPBELL, Alastair; GOLOMBOK, Susan, "Surrogacy", Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation, Report of the review team, outubro 1998, (91 pp), <http://www.maia-asso.org/doc/gpa/surrogGB98.pdf>.

CABO, Ana Isabel, "Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2012, n.º 88, Março de 2012, pp 22-24.

CAMPIGLIO, Cristina, *Procreazione Assistita e Famiglia nel Diritto Internazionale*, Padova, CEDAM, 2003, pubblicazioni della università di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza, Studi Nelle Scienze Giuridiche e Sociali, Vol. 108.

CAMPOS, Diogo Leite de, "A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - ou a onnipotência do sujeito" [http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?idc=31559...](http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559...)

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª ed. rev, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, Augusto Lopes, "Procriação humana assistida (alguns aspetos jurídicos) " in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1991, ano 51, abril de 1991, pp 5-27.

CAREDDA, Valeria, "Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita", in *Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, Roma, Giuffrè Editore, 2005, marzo-aprile 2005, pp 265-274.

CASINI, C.; Di PIETRO, M.L.; CASINI, M., "La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita", in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, Vol. XXXIII, Aprile-Giugno 2004, n. ° 2, pp 489-533.

CASSANO, Giuseppe, *La cicogna con il temporizzatore: fremiti di novità in tema di maternità surrogata*, [http://www.lexitalia.it/articoli/cassano\\_cicogna.htm](http://www.lexitalia.it/articoli/cassano_cicogna.htm).

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família - Introdução: direito matrimonial*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, Vol. I.

*Curso de Direito da Família - Direito da Filiação*, Tomo II - Estabelecimento da Filiação, Adoção, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, Vol. II.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, "Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição", (63/CNECV/2012), março de 2012, (13 pp), <http://www.cneqv.pt/admin/files/.../1333387220-parecer-63-cneqv-2012-apr.p...>

CORNU, Gérard, *Droit civil: La famille*, 8ème edition, Paris, Montchrestien, 2003.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, "Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida (P.M.A.) ", in *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2005, pp 93-112.

DEL GIUDICE, Marco, "Fetal programming by maternal stress: Insights from a conflict perspective", in *Psychoneuroendocrinology*, Canadá, Elsevier, 2012, n. ° 37, pp 1614-1629.

DIAS, João Álvaro, *Procriação assistida e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, Stvdia Ivridica, 21.

DUARTE, Tiago, *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*, Coimbra, Almedina, 2003.

FARAONI, Alicia Benedetta, *La maternità surrogata - la natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina, il diritto privato oggi - serie a cura di Paolo Cendon*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.

FRADA, Carneiro da, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2004.

GAMA, Nogueira da, *A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

JIMÉNEZ MUNOZ, Francisco Javier, "Unas reflexiones sobre la nueva ley de técnicas de reproducción humana asistida de 2006", in *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Reus, 2008, III época, n.º 4 - octubre-diciembre, pp 639-697.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código civil anotado, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, Vol V (artigos 1796º a 2023º).*

MADANAMOOTHO, Allane, “Surrogacy in France: an unlawful practice whose prohibition is in accordance with the Oviedo Convention”, in *Lex Medicinæ*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, Ano 9, n.º 17, pp 147-155.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui de, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

NETO, Luísa, *O direito Fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de, *Mãe há só uma/duas! O contrato de gestação*, Coleção Argumentum/2, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

*Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

OTERO, Paulo, “A dimensão ética da maternidade de substituição”, in *Direito & Política, Law & Politics*, Loures, Diário de Bordo, Outubro - dezembro 2012, N.º 1, pp 82-91.

PATTO, Pedro Vaz, “Maternidade de substituição - Um retrocesso social”, in *Brotéria Cristianismo e Cultura*, Lisboa, 2011, Vol. 172, n.º 1, janeiro 2011, pp 33-43.

PINHEIRO, Jorge Duarte, “A necessidade da Lei de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra, Almedina, 2008, Vol. I, pp 201-214.

“Mãe portadora: a problemática da maternidade de substituição”, in *Estudos de Direito da Bioética*, Coimbra, Almedina, 2008, Vol. II, pp 323-344.

*O Direito da Família Contemporâneo - Lições*, 3ª ed., Lisboa, aafdl, 2010.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota, "O Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada", in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1993, Vol. LXIX, pp 479-586.

RAMOS, H. Vilaça, "Maternidade de Substituição - perspectiva bioética", in *Brotéria Cristianismo e Cultura*, Lisboa, 2012, vol. 175, n.º 2/3, Agosto/Set 2012, pp 141-160.

RAPOSO, Vera Lúcia, "Comentário à recente lei espanhola de reprodução assistida", in *Lex Medicinæ*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, Ano 3, n.º 6, pp. 153-165.

*De mãe para mãe - questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

"Quando a cegonha chega por contrato", in *Boletim da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2012, n.º 88, Março de 2012, pp 26-27.

RAPOSO, Vera Lúcia; PEREIRA, André Dias, "Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de julho)", in *Lex Medicinæ*, FDUC, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, Ano 3, n.º 6, pp 89-104.

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline (coord.), *Droit de la Famille: mariage, divorce, concubinage, filiation, adoption, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l'enfance, prestations familiales, obligations alimentaires*, Paris, Dalloz, 1999.

SESTA, Michele, "La legge sulla procreazione assistita e la coerenza al dettato costituzionale", in corso di formazione ed aggiornamento professionale sul diritto di famiglia, A.I.A.F., [http://www.studiosesta.it/Allegati/contr\\_sesta\\_me.pdf](http://www.studiosesta.it/Allegati/contr_sesta_me.pdf).

SILVA, Miguel Oliveira da, "Relatório Sobre Procriação Medicamente Assistida e Gravidez de Substituição", Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Março de 2012 (39 pp), <http://www.cneqv.pt/.../1333387259-relatorio-20.2.2012-revisto-em-2.4.12-1>

SILVA, Paula Martinho da, *A procriação artificial - aspetos jurídicos*, Lisboa, Moraes, 1986.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*, PLMJ Sociedade de Advogados, RL, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

VAN DEN BERGH, B.R.H.; MULDER, E. J.H.; V&ERA, G.H.A.; POELMANN-WEESJESA, G.; BEKEDAM, D. J.; PRECHTLB, H.F.R., "The effect of (induced) maternal emotions on fetal behaviour: a controlled study", in *Early Human Development*, Ireland, Elsevier, 1989, n.º 19, pp 9-19.

VARELA, Antunes, "A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994-1995, 127º, N.ºs 3838-3849.

"A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o direito brasileiro", in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995-1996, 128º, N.ºs 3850-3861.

*Das obrigações em geral*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, Vol. I.

*Das obrigações em geral*, 7ª ed. (rev. e atualizada), Coimbra, Almedina, 1997, Vol. II.

*Direito da Família*, 5ª ed., Lisboa, Petrony, 1999, Vol. I.

VOEGTLIN, Kristin M.; COSTIGAN, Kathleen A.; PATERA, Heather A.; DI PIETRO, Janet A.; "Near-term fetal response to maternal spoken voice", in *Infant Behavior and Development*, Netherlands, Elsevier, 2013, junho de 2013., pp 526-533.



## LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

### Legislação

- Human Fertilization and Embryology Act 1990 (November, 1).
- Legge 19 febbraio 2004, n.º 40 - Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.
- Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, sobre procriação medicamente assistida.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.
- Loi n.º 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain.
- Loi n.º 94-654, du 29 juillet 1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.
- Projeto de Lei N.º 122/XII, BE, 21 de dezembro de 2011.
- Projeto de Lei N.º 131/XII, PS, 6 de janeiro de 2012.
- Projeto de Lei N.º 137/XII, PS.
- Projeto de Lei N.º 138/XII, PSD, 11 de janeiro de 2012.
- Surrogacy Arrangements Act 1985, (July, 16).

### Jurisprudência

- Acórdão n.º 101/2009, processo n.º 963/06 do Tribunal Constitucional, (Diário da República 2.ª série, n.º 64, 1 de Abril de 2009) disponível em [http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao\\_AcordaoTC\\_101\\_2009.pdf](http://www.cnpma.org.pt/Docs/Legislacao_AcordaoTC_101_2009.pdf).
- Cour de Cassation, Assemblée Plénière, de 31 de maio de 1991, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte...>
- Décision du Conseil d'Etat, Assemblée, du 22 janvier 1988, disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?...CET...>
- Tribunale di Monza, 27 ottobre 1989, disponível em [http://www.lexitalia.it/articoli/cassano\\_cicogna.htm](http://www.lexitalia.it/articoli/cassano_cicogna.htm).
- Tribunale Roma, XI Sezione, 17 febbraio 2000, disponível em <http://www.unipa.it/.../Tribunale%20Roma%20ordinanza>.